JA
14
.W423
JAN 1 1 1924

Wiener Staatswissenschaftliche Studien
Begründet von E. Bernatzik und E. Philippovich
Herausgegeben in Verbindung mit
Friedrich Wieser und Othmar Spann
von
Hans Kelsen
Neue Folge — Band IV

Grundbegriffe und Grundformen des Rechts

Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts- und Staatslehre

von

Dr. Fritz Schreier

Leipzig und Wien
FRANZ DEUTICKE
1924

Verlags-Nr. 2908.

Digitized by Google

Zeitschrift für öffentliches Recht

Herausgegeben in Verbindung mit

Max Hussarek, Max Layer und Adolf Menzel

von

Hans Kelsen.

Die „Zeitschrift für öffentliches Recht" erscheint jährlich vier- bis sechsmal im Umfange von etwa 50 Bogen. — Das Abonnement des I. und II. Bandes beträgt pro Band Grundzahl 7·50. Von Band III werden die Hefte einzeln berechnet. Heft 1—2 kostet Grundzahl 2·50, Heft 3—4 Grundzahl 5·—.

Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik

Neue Folge Neue Folge

Herausgegeben von

Ernst Plener, Richard Reisch, Othmar Spann, Friedrich Wieser.

Schriftleitung **Franz X. Weiss.**

Die „Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik" erscheint jährlich in zwölf Heften im Gesamtausmaße von etwa 50 Druckbogen. Der Preis des dreifachen Heftes beträgt Grundzahl 2·—.

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich.

Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen

herausgegeben von

Dr. Hans Kelsen

Professor an der Universität in Wien.

Teil I Preis Grundzahl 2·—, Teil II Preis Grundzahl 2·—, Teil III Preis Grundzahl 3·—, Teil IV Preis Grundzahl 3·—, Teil V Preis Grundzahl 6·—.

Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?

Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens.

Von

Dr. Fritz Sander

Privatdozent an der Universität in Wien.

Preis Grundzahl 2·—.

Rechtswissenschaft und Recht.

Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der „Rechtsdogmatik".

Von

Hans Kelsen.

Preis Grundzahl 1·50.

Digitized by Google

Wiener Staatswissenschaftliche Studien
Begründet von E. Bernatzik und E. Philippovich
Herausgegeben in Verbindung mit
Friedrich Wieser und Othmar Spann
von
Hans Kelsen
Neue Folge — Band IV

Grundbegriffe und Grundformen des Rechts

Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts- und Staatslehre

von

Dr. Fritz Schreier

Leipzig und Wien
FRANZ DEUTICKE
1924

Digitized by Google

Verlags-Nr. 2908.

Digitized by Google

Vorwort.

Die vorliegende Arbeit ist aus zwei Richtungen bestimmt: sie will versuchen, die reine Rechtslehre, wie sie von Kelsen und seinen Schülern angestrebt wird, in Husserls Phänomenologie zu fundieren und auf diese Weise die Rechtsprobleme von neuen Gesichtspunkten aus zu sehen und womöglich zu lösen. Es ist selbstverständlich, daß eine voll ausgeführte Rechtsphänomenologie nicht gegeben werden konnte; dies wäre mir nicht möglich und auch nicht an der Zeit gewesen, denn hierzu ist die Beantwortung einer ganzen Reihe phänomenologischer und logischer Fragen Vorbedingung, die tiefstgreifende Untersuchungen erfordert. Mein Ziel war es aber, nicht bloße Vorstudien und methodische Erwägungen zu treiben, sondern Steine zum Neuaufbau herbeizuschaffen, und ich glaube, daß die Arbeit den Nachweis erbringen wird, daß schon durch die rohen Analysen, die ich gegeben habe, konkrete, juristisch bedeutungsvolle Resultate gewonnen werden können.

Von grundlegender Bedeutung wurde mir hierbei der Begriff des Tatbestandes, wodurch ich gezwungen war, eine methodisch strenge Umkonstruktion des Rechtes vorzunehmen, hat doch bisher einzig Thöl den Tatbestand zum Ausgangspunkt der juristischen Konstruktion gewählt. Meine Auffassung weicht aber von seiner insofern ab, als die phänomenologische Analyse im Einklang mit der Lehre Kelsens ergab, daß dem Tatbestand die Rechtspflicht zuzuordnen ist, während Thöl an den Tatbestand das subjektive Recht anschloß. Es ist jedoch leicht, das subjektive Recht selbst als Tatbestand zu erfassen und die ganze Konstruktion gewinnt dadurch — insbesondere vom Standpunkt des Rechtsanwenders aus gesehen, dessen Frage einzig und allein auf das Vorliegen des Tatbestandes geht — bedeutend an Klarheit.

Digitized by Google

Daß ich das Material hauptsächlich aus dem Privatrecht entnahm, bedarf wohl kaum der Begründung; trotz aller methodischen Schwächen ist ja diese Rechtsdisziplin am besten ausgebildet. Selbstverständlich konnte ich nicht die ganze Literatur heranziehen, der Umfang der Arbeit wäre sonst maßlos geworden. Ich bemühte mich, charakteristische Stellen einzelner Autoren, die für eine ganze Richtung typisch sind, herauszuheben und womöglich im Wortlaut zu zitieren.

Den Vorwurf des Formalismus wird man, wie ich hoffe, nicht gegen mich erheben. Von Formalismus kann man wohl nur sprechen, wo Materiales formal behandelt wird; Formales formal zu behandeln, ist methodische Pflicht.

Meinen hochverehrten Lehrern, Geheimrat Husserl und Professor Kelsen, gestatte ich mir an dieser Stelle meinen tiefsten Dank auszusprechen, ersterem noch ganz besonders für die Erlaubnis des Studiums seiner unveröffentlichten Manuskripte.

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

Einleitung XI

I. Teil.

Ableitung der rechtlichen Grundbegriffe. 1

I.

Methode der Bestimmung des Gegenstandes Recht.

Die Rechtsphilosophie hat die Frage, was Recht überhaupt ist, zu beantworten. — Eine Definition durch Genus proximum und Differentia specifica ist nicht möglich. — Die obersten Grundsätze des Rechts müssen gesucht werden. — Sie müssen formal sein. — Die phänomenologische Analyse soll sie auffinden. 1

II.

Die phänomenologische Analyse.

In der natürlichen Einstellung ist die Welt dem Bewußtsein intentional gegeben. — In der phänomenologischen Einstellung wird das Bewußtsein selbst Gegenstand. — Im einzelnen Bewußtseinsakte finden sich vier Elemente: Ausdruck, Bedeutung, Gegenstand, Anschauung. — Der Psychologismus unterscheidet nicht zwischen dem Akte und seinem Gegenstande. 6

III.

Der Rechtsakt.

Rechtsetzende und rechterfassende Akte sind zu scheiden. — Im rechterfassenden wird Recht intentional gegeben. — Der Begriff des Rechtsaktes bei Reinach und Hölder. — Die Psychologisierung des Aktes. — Analogie zwischen den Empiristen, ihrem Verhältnis zu Kant und den Rechtssoziologen. . . . 12

IV.

Unrichtige Analysen des Rechtsaktes; erste Reihe.

Der Rechtsakt kein Vorstellen, weil diese Auffassung zum Empirismus führt. — Der Rechtsakt kein Fühlen, weil das »Rechtsgefühl« nur sagt, was rechtens, nicht was Recht ist. — Das Recht kein Wollen. — Der Rechtsakt kein Wollen. — Wollen ist nicht Verursachen. — Wollen als Species der stellungnehmenden Akte, die charakterisiert sind, als ergänzungsbedürftig und fundiert. — Der rechterfassende Akt keine Stellungnahme. — Die Theorie Labands. — Die Imperativtheorie. — Die Bedeutungen des Begriffes Urteil; der Rechtsakt ein Urteilsakt. — Kritik Stammlers, der Recht als Wollen und als Gewolltes nicht auseinander hält. 16

Digitized by Google

Seite

V.

Unrichtige Analysen des Rechtsaktes.

Zweite Reihe: A. Der Empirismus.

Der Empirismus vermengt Gegenstand und Anschauung. — Die Äquivokation in »Recht«: soziale Tatsachen und Sollregeln. — Die Rechtsnorm ein exaktes Gesetz. — Der Empirismus in der Rechtswissenschaft. — Seine Wurzel in der Kant-Hegelschen Rechtsphilosophie. 31

VI.

Unrichtige Analysen des Rechtsaktes.

Zweite Reihe: B. Vermengung von Gegenstand und Bedeutung.

Selbständige und unselbständige Bedeutungen. — Selbständige Bedeutungen und selbständige Gegenstände. — Vollständige Bedeutungen. — Rechtsnorm der Gegenstand, Rechtssatz der selbständige und vollständige Ausdruck einer Rechtsnorm. — Die Vermengung von Rechtssatz und Rechtsnorm; Reinach. — Beides geschieden von Eltzbacher. 39

VII.

Das Recht als irrealer Gegenstand.

Recht in concreto und in abstracto.

Rechtliche Gegenstände gehören nicht dem Reich der Natur an, sind irreal. — Rechtliche Gebilde werden daher entdeckt, nicht erfunden. — Die Rechtsempiristen müssen den Dualismus wieder einführen und scheiden daher zwischen Recht in concreto und in abstracto. — Recht in concreto wird zur sozialen Tatsache. — Fiktionen. 44

VIII.

Der Träger des Rechts.

Der irreale Begriff kann sich in denselben Tatsachen verkörpern, wie ein realer Begriff. — Deckt sich der Umfang des irrealen Begriffes mit dem Umfang irgend eines realen Begriffs? — Das Gute und das Nützliche. — Hildebrandts Frage nach dem Träger der sittlichen Handlung. — Der Träger des Rechts nicht nur der Wille, sondern jeder zeitliche Vorgang. 48

IX.

Die Rechtsnorm als Relation.

Der Rechtssatz ein hypothetisches Urteil. — Die Rechtsnorm eine Relation. — Relative und absolute, Relations- und Dingbegriffe. — Natorps Bestimmung der Relation. — Relation zwischen Begriffen, nicht zwischen Tatsachen. — Pacta sunt servanda als analytisches und als synthetisches Urteil. — Reinachs Erklärung der Verpflichtung. — Schlossmann. — Der Relationsbegriff in der bisherigen Literatur. 51

Digitized by Google

Seite

X.

Die Rechtsnorm als besondere Relation.

Rechtsvoraussetzung und Rechtsfolge durch Sollen verknüpft. — Das formale Sollen. — Sollen und Pflicht äquivalent. — Die Rechtsfolge zerfällt in Person und Leistung. — Die Sanktion. — Die Form des Rechtssatzes mit seinen vier Grundbegriffen. — Die »Caracteristique«. — Symmetrie und Transitivität in der Rechtsrelation. — Normenreihe und Normenkreis. — Nähere Bestimmung des Pflichtbegriffs; die prozessualen Pflichten. — Pflicht und Recht. . 66

XI.

Recht und Logik.

Der strenge Begriff des Formalen. — Die reine Rechtslehre ein Teil der Logik. — Die »Freiheit des Gesetzgebers« nur beschränkt durch die Logik. — Iherings Theorie der Technik reine Logik. — Die reine Rechtslehre geht wie die Mathematik in die Mathesis universalis ein. 80

XII.

Mögliches und wirkliches Recht.

Die Sätze der reinen Rechtslehre a priori und formal. — Beziehung auf Kant. — Reine Rechtslehre als Lehre vom möglichen Recht. — Die Geltungssphäre der reinen Rechtslehre damit festgelegt. — Das wirkliche Recht. — Wirkliches und positives Recht. — Die praktische Bedeutung der Lehre vom möglichen Recht. 85

II. Teil.

Juristische Formenlehre. 93

I. Kapitel.

Der Tatbestand. 93

I.

A. Selbständige und unselbständige Tatbestände.

Der Ausdruck Tatbestand. — Das »juristische Kausalitätsgesetz«. — Teiltatbestand und Volltatbestand. — Inbegriffe von Tatbeständen. — Absolut und relativ unselbständige Tatbestände. 93

II.

B. Einseitig und wechselseitig fundierte Tatbestände.

Einseitig fundierte Tatbestände. — Absolut unselbständige wechselseitig fundierte Tatbestände. — Relativ unselbständige wechselseitig fundierte Tatbestände und ihre Qualifikation. — Die fünffache Äquivokation in Iherings Begriff der Selbständigkeit. 97

Digitized by Google

III. Seite

Die Rechte des Könnens und Dürfens und der rechtsfreie Raum; Kelsens Rechtssatzform.

Die Kannrechte als Tatbestände. — Das Dürfen als Bestandteil des rechtsfreien Raums. — Die drei Bestandteile des rechtsfreien Raums. — Die Auflösung des Rechtssatzes Kelsens in eine Normenkette. 102

IV.

Erste Aufstellung des Begriffs Rechtsverhältnis.

Das Rechtsverhältnis eine Relation. — Formale Rechtsverhältnisse und materiale »Lebensverhältnisse«. — Das Rechtsverhältnis ein Fundierungsverhältnis von Tatbeständen. 105

V.

Der Tatbestand in seiner Beziehung zur Rechtsfolge.

Der Änderung des Tatbestands entspricht eine Änderung in der Rechtsfolge. — Entweder in der Leistung — oder in der Person — oder in der Sanktion. — Tatbestände mit mehreren Rechtsfolgen. — Die Rezeption. . . 110

VI.

Neuer Begriff von Rechtverhältnis; Rechtsänderung.

Die Fälle der Rezeption werden aus dem Rechtsverhältnis ausgeschieden. — Rechtsänderung ist Tatbestandsänderung. — Die Rechtsänderung und die Erhaltung der »Rechtssubstanz«. — Die »Identität« des alten und neuen Rechtes. 113

VII.

C. Verträgliche und unverträgliche Tatbestände.

Absolut und relativ unverträgliche Tatbestände. — Einseitig und wechselseitig fundierte unverträgliche Tatbestände. — Formale Theorie der Novation. — Unverträgliche Tatbestände zu selbständigen, unselbständigen und unverträglichen Tatbeständen. — Negative Rechte. — Verneinende Rechtssätze. — Aufhebung der Rechte. 116

VIII.

Erfüllung, Datio in solutum, Concursus.

Erfüllung als Erlöschungsgrund der erfüllten Pflicht. — Datio in solutum. — Erfüllung als unverträglicher Tatbestand in anderen Normen. — Concursus: im Tatbestand — in der Person — in der Leistung — in der Sanktion. . . 124

IX.

D. Die Zeit im Tatbestand.

Vorzeitige, bzw. nachzeitige und wechselzeitige Tatbestände. — Tatbestand und Zustand. — Naturrechtliche Konsequenzen des Zustandsbegriffes. — Punktuelle und kontinuierliche Tatbestände. — Iherings »Präsenz des Tatbestandes«. . 128

Digitized by Google

II. Kapitel. Seite

Person und subjektives Recht. 138

I.

Das Pflichtsubjekt.

Die empiristische Fragestellung. — Binders Korrektur: nicht wer, sondern was ist Rechtssubjekt. — Das Pflichtsubjekt ein Tatbestand. — Die Bezeichnung des Pflichtsubjekts, ein besonderer Tatbestand neben der Leistung. — Kelsens Zurechnungsbegriff. — Im Grundtatbestand der Bezeichnung konstituiert sich die Person. — Formen des Bezeichnungstatbestandes. — Rechtsvoraussetzung und Bezeichnungstatbestand. 138

II.

Das subjektive Recht und das Rechtssubjekt.

Subjektives Recht nur innerhalb der Rechtsnorm möglich. — Subjektives Recht ist nicht »mein« Recht. — Subjektives Recht ein Bezeichnungstatbestand. — Rechtssubjekt der Grundtatbestand. — Einheit des Pflicht- und Rechtssubjekts. — Binder. — Die Stufen der Rechtsfähigkeit. — Der Rechtserwerb. — Die Ausübung des Rechts. — Befugnis und Anspruch und ihre Unterscheidung in der Literatur. 148

III.

Die Derivation.

Derivation und Originarität. — Empiristische Deutungen dieser Begriffe. — Schey. 158

III. Kapitel.

Leistung und Sanktion. 161

I.

Die Leistung.

Leistung ein Tatbestand, nicht Handlung und nicht Zweck. — Intentionales und Relationsobjekt. — Rechte auf und Rechte an. 161

II.

Die Sanktion.

Der Tatbestand der sekundären Norm fundiert in dem der primären. — Verknüpfungsformen dieser Tatbestände. — Die Leistung ein »Surrogat«? — »Primat der Erfüllung« und »juristisches Gesetz der Erhaltung der Energie«. — Der Zusammenhang zwischen materiellem und formellem Recht. 163

III.

Die Obligation.

Die Obligation erstreckt sich über das ganze Privatrecht. — Die Rechtssatzform ist dieselbe wie beim Anspruch. — Die Definitionen Hasenöhrls und

Digitized by Google

Seite

Thons. — Die Identifikation von Obligation und Anspruch im B. G. B. — Die Systematik des Privatrechts: absolutes und relatives Recht sind keine Gegensätze, sondern das absolute ist bloße Vorstufe des relativen Rechts. — Das Verhältnis der Begriffe Schuldverhältnis und Anspruch. 168

IV.

Schuld und Haftung.

Schuld und Haftung = sanktionierte und sanktionierende Norm. — Die Theorie Brinz. — Beschränkte und Sachhaftung. 173

IV. Kapitel.

Der Staat. 177

Staat und positives Recht. — Positives Recht und Erfahrung. — Der Tatbestand der Rechtssetzung. — Der Grundtatbestand der Setzung konstituiert den Staat. — Die Stufenlehre. — Das logische Verhältnis der Stufen. — Die Rechtskraftnorm. — Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und der zweite Sinn von Rechtskraft 177

Nachwort 188

Digitized by Google

Einleitung.

Der Werdegang der Rechtsphilosophie während des 19. Jahrhunderts läßt sich im großen und ganzen in drei Abschnitte zerlegen.

Am Anfange des Jahrhunderts war es der klassische Idealismus, der, das gesamte Geistesleben beherrschend, sich auch die Rechtsphilosophie unterwarf. Gedanken Kants und vor allem Hegels beeinflußten nicht nur die Lösungsversuche der großen rechtsphilosophischen Probleme, sondern drangen bis tief in juristische Spezialuntersuchungen ein und es wäre wohl der Mühe wert, den Spuren, die sie hinterlassen haben und die heute noch sehr deutlich sind, einmal systematisch nachzugehen.

In der folgenden Periode war es, ganz ähnlich wie in der Naturwissenschaft, das Bestreben, sich von der allgemeinen Philosophie zu scheiden und die rechtsphilosophischen Probleme mit den Mitteln der Spezialwissenschaft selbst zu lösen. Auch hier war, wie in der Naturwissenschaft, das Resultat Positivismus und Empirismus, dessen bedeutendster Vertreter Ihering ist. Und so konnte Bergbohm am Anfange seines 1894 erschienenen Buches: „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie" mit Recht feststellen: „Im Laufe des letzten halben Jahrhunderts ist die einst so rege Mitarbeit der Philosophie an den Problemen des Rechtes immer schwächer geworden."

Aber erst in den letzten Jahren des Jahrhunderts hat eine Wandlung begonnen. Und wieder wurde es klar, das Jurisprudenz ohne Erkenntnistheorie des Rechts unmöglich ist, daß die großen juristischen Fragen mit den Fragen der Erkenntnistheorie zusammenfallen und daß nur im Anschlusse an die Versuche, die erkenntnistheoretischen Probleme zu lösen, auch die juristischen Grundprobleme ihrer Lösung zugeführt werden können.

Wie in der allgemeinen Philosophie wird die neueste Periode durch die Renaissance Kants eingeleitet. Als eine Anwen-

Digitized by Google

dung Kantscher Philosophie, freilich in ganz anderem Sinne als im Anfange des Jahrhunderts, stellt sich das mächtige System Stammlers dar; bahnbrechend wurden jedoch erst die Arbeiten Kelsens, die mit methodologischen Untersuchungen einsetzten.

Allein die große Masse der Juristen geht noch auf den alten ausgetretenen Wegen; nach wie vor beruft man sich in Fragen der Logik auf die Führer der psychologistischen Logik, insbesondere Sigwart als Gewährsmänner. Und kaum einer es, daß die Logik in ihrer früheren Gestalt vernichtet und in anderer Form wiedererstanden ist.

Eine neue Blütezeit des Idealismus ist angebrochen. Von zwei Punkten nahm die neue Richtung ihren Ausgang. Denn zweierlei war es, das allen empiristischen Mißdeutungen unüberwindlichen Widerstand entgegensetzte: die Zahlen und die Werte. Es konnte nicht verborgen bleiben, daß hier andere Gesetzlichkeiten vorliegen, als die der Tatsachen, welche der Empirismus allein anerkennen will. Das wurde von den Mathematikern und Werttheoretikern (Windelband und Rickert) klar erkannt. Gleichzeitig entwickelte sich die Marburger Schule, deren Führer Cohen ebenfalls von der Seite der Mathematik herkam.

Der vernichtende Schlag gegen die empiristische Logik wurde aber erst von Edmund Husserl im ersten Bande (Prolegomena) seiner „Logischen Untersuchungen" geführt. In unerhörter Klarheit wird hier unwiderleglich gezeigt, daß sich die empiristische Logik in unlösbare Widersprüche verwickelt und verwickeln muß. Das Reich der Begriffe, dem auch die Zahlen und Werte angehören, ist ein anderes als das Reich der Tatsachen; in beiden gelten gänzlich verschiedene Gesetze.

Auf Grundlage der Forschungen Edmund Husserls soll nun hier der Versuch gemacht werden, rechtsphilosophische Probleme zu behandeln, es soll also die von Husserl dargestellte phänomenologische Methode auch in der Rechtsphilosophie angewendet werden. Ein Versuch dieser Art wurde bereits einmal gemacht von Adolf Reinach „Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes"[1]); welcher Versuch jedoch trotz bedeutungsvoller Resultate im einzelnen, meiner Ansicht nach mißglückt ist.

[1]) Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung, I. Band.

Digitized by Google

Wir werden die einzelnen Fehler und ihre Verbesserung im Verlaufe unserer Untersuchung besprechen.

Es sei mir an dieser Stelle eine Vorbemerkung gestattet: Untersuchungen, deren Ziel und Methode derart ist, wie unsere, müssen in so hoher Abstraktion einsetzen, daß dem Juristen derlei Angelegenheiten als völlig irrelevant für die Rechtswissenschaft erscheinen mögen. Es wird jedoch, wie ich zu zeigen hoffe, sich ergeben, daß gerade die scheinbar fernliegenden Fragen ganz unmittelbar und direkt für die Rechtsfragen belangreich sind und nicht nur Voraussetzungen und Fundamente betreffen, die man vernachlässigen oder zumindest der Bearbeitung durch andere Wissenschaften überlassen kann.

Und weiters: unsere Untersuchung geht von bestimmten philosophischen Voraussetzungen aus; die Resultate, die wir erzielen, sind mit Hilfe einer bestimmten Methode, der phänomenologischen, gewonnen. Damit aber sollen der Rechtswissenschaft nicht von einem außerrechtlichen Standpunkte aus Vorschriften erteilt werden, sondern die gefundenen Lösungen müssen juristische sein, sie dürfen keinerlei juristische Kritik scheuen. Ihr Wert muß sich gerade im Juristischen bewähren.

Selbstverständlich wird jedoch nicht beansprucht, daß die gegebenen Problemlösungen endgültig sind, sondern nur die Geltungssphäre der gewonnenen Begriffe ist damit klargestellt.

Digitized by Google

Digitized by Google

I. TEIL.

Ableitung der rechtlichen Grundbegriffe.

I.

Methode der Bestimmung des Gegenstandes Recht.

Wie immer man die Aufgabe der Rechtsphilosophie stellen mag, eines gehört sicherlich und unbestrittenermaßen in ihr Gebiet: die Beantwortung der Frage, was Recht überhaupt ist[1]).

Über die Methode der Beantwortung der Frage besteht aber größte Meinungsverschiedenheit.

Zwei Auffassungen sind hier zunächst abzulehnen, ohne daß eine ausführliche Widerlegung notwendig wäre, da sie schon vollständig ausreichend von Stammler widerlegt wurden: die Bestimmung des Rechtes durch die Herleitung aus der Natur des Menschen und die Bestimmung durch Induktion.

Die erstere[2]) ist eine Kausalerklärung; sie will zeigen, wie auf Grund psychologischer Gesetzmäßigkeit das Recht zustandegekommen ist. Sie will aus einem Werden ein Wesen erkennen, das ist unmöglich.

Die zweite will aus einer möglichst großen Zahl vorliegender Rechtserscheinungen das Gemeinsame als Recht hervorheben[3]). Alle solche Induktion aber ist ein Zirkel. Sie setzt das zu Induzierende voraus; denn nur unter dieser Leitung kann die Auswahl des Induktionsmaterials getroffen werden.

Ändern wir nun die Fragestellung etwas:

Welche Antwort läßt sich überhaupt erwarten? Wie wird der Gegenstand einer Wissenschaft überhaupt bestimmt?

[1]) Bierling, Juristische Prinzipienlehre, S. 1, Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, S. 1 ff., Somló, Juristische Grundlehre, S. 5.

[2]) Vgl. statt aller Bekker, Grundbegriffe des Rechtes und Mißgriffe der Gesetzgebung, S. 13 ff., 47 ff.

[3]) Hauptsächlich die soziologische Schule, Ehrlich und seine Schüler, vgl. z. B. Soziologie des Rechts, passim.

Digitized by Google

Die alte, im wesentlichen von Aristoteles herrührende Logik sagt: durch Definition, d. i. die Angabe des Genus proximum und der Differentia specifica. Das Bild, das sie zur Kennzeichnung der Wissenschaftssphäre verwendet, ist die berühmte Begriffspyramide. Aus dem obersten Begriffe der Wissenschaft entspringen durch Klassifikation neue Begriffe; auch diese werden eingeteilt und so erweitert sich mit fortschreitender Einteilung die Basis der Pyramide immer mehr. Die obersten Begriffe sind die größten an Umfang, die kleinsten an Inhalt, je weiter nach unten, desto reicher an Inhalt, doch desto ärmer an Umfang. Generalisieren, Aufsteigen von niederen zu höheren Begriffen und Determinieren, Niedersteigen vom höheren zum niederen Begriffe sind die wesentlichen wissenschaftlichen Tätigkeiten.

Nun erheben sich aber schon bei oberflächlicher Betrachtung dieses Schemas gewisse Schwierigkeiten. Es ist vor allem der ganze Aufbau unabgeschlossen. Eine jede Einteilung — und auf Einteilungen beruht das ganze Verfahren — setzt ein Einteilungsprinzip (Fundamentum divisionis) voraus, welches selbst nicht in dem Einzuteilenden enthalten ist, sondern erst von außen herangebracht werden muß. Oder — denn die Definition im Sinne dieser Logik ist das Gegenbild der Einteilung — das Genus proximum kann nicht aus sich selbst heraus die Differentia specifica angeben. So erfordert also jeder neue Schritt in der Einteilung die Heranziehung neuer Begriffe von irgend etwas außerhalb des bisher wissenschaftlich Gegebenen.

Weiters: »Die Begriffspyramide ..... endet nach oben hin in der abstrakten Vorstellung des »Etwas«, einer Vorstellung, die eben mit ihrem allumfassenden Sein, kraft dessen jeglicher beliebige Denkinhalt unter sie fällt, zugleich von jeder spezifischen Bedeutung gänzlich entleert ist. An diesem Punkte indes, zu dem die traditionelle logische Lehre vom Begriff mit innerer Notwendigkeit hingedrängt wird, muß sich sogleich der erste Zweifel gegen ihre ausnahmslose Geltung und Anwendbarkeit regen. Wenn das Ziel, auf welches diese Methode der Begriffsbildung schließlich hinausführt, gänzlich ins Leere fällt, so müssen sich auch gegen den gesamten Weg, der hier gewiesen wird, Bedenken erheben [1].«

[1] Cassirer, Substanzbegriff und Funktionsbegriff, S. 7.

Digitized by Google

So trat gegen die Schullogik zuerst Rickert schon in seiner Doktorsdissertation »Zur Lehre von der Definition« und später »Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung« auf. Insbesondere aber ist auf Cassirers bedeutendes Werk »Substanzbegriff und Funktionsbegriff« hinzuweisen.

Die Mathematik lehrte es, an die Stelle der »Begriffspyramide« ein gänzlich anderes Schéma vom Aufbau einer Wissenschaft zu bilden.

Das höchste Ziel jeder Wissenschaft ist die Axiomatisierung: »jeder eidetischen Wissenschaft dadurch die höchste Stufe der Rationalität zu verleihen, daß alle mittelbaren Denkschritte reduziert werden auf bloße Subsumtionen unter die ein für allmal systematisch zusammengestellten Axiome des jeweiligen ..... Gebietes, und woferne es sich nicht von vorneherein um die »formale« oder »reine« Logik selbst handelt, ... unter Zuzug der sämtlichen Axiome dieser letzteren.« [1])

Es wird also nicht der Gegenstand der Wissenschaft definiert, sondern es werden die Axiome angegeben, aus denen sich die Gesamtheit der Erkenntnisse dieses wissenschaftlichen Gebietes durch bloße formallogische Operationen ableiten läßt. Die Definition des obersten Begriffes oder des Gegenstandes der Wissenschaft würde ja zum Regresse auf leeres Etwas führen.

Niemals finden wir daher in den Lehrbüchern der Geometrie Definitionen des Raumes, obwohl die Geometrie die Lehre vom Raume ist, niemals in den Lehrbüchern der Arithmetik Definitionen der Zahl, obwohl die Arithmetik die Lehre von der Zahl ist; immer nur die Angabe einer Reihe oberster Sätze.

In den Axiomen selbst stecken freilich wieder Begriffe, aber auch diese sind nicht definierbar [2]), denn sie sind die Grundbegiffe somit die höchsten Begriffe des Systems. Es kann nicht höhere Begriffe über den höchsten geben. Das System ist ein abgeschlossenes Ganzes mit eigener Gesetzlichkeit; gelingt es, die obersten Begriffe eines Systems zu definieren, also auf andere Begriffe zurückzuführen, so hat die Abgeschlossenheit des Systems aufgehört, seine Eigengesetzlichkeit ist gefallen,

[1]) Husserl, Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie S. 17.

[2]) Vgl. Couturat, Die philosophischen Prinzipien der Mathematik. S. 36 ff.

Digitized by Google

es ist nur mehr ein Teil eines anderen Systems, in das es eingeordnet wurde und dessen oberste Begriffe selbst wieder undefinierbar sind.

So ist auch die transzendentale Deduktion der Kategorien, die ja oberste Begriffe sind, keine Definition, Kant erklärt ausdrücklich, daß es keine Definition der Kategorien geben könne [1]).

Wohl zu unterscheiden von den Subsumtionsdefinitionen ist aber die Formalisierung, d. i. die Unterstellung eines materialen Begriffes unter einen Begriff der formalen Logik [2]).

Wir erkennen daraus für das Recht: Ist das Recht Gegenstand einer selbständigen Wissenschaft, ist also das System der Rechtswissenschaft in sich geschlossen, so ist eine Definition des Rechtes unmöglich. Sie ist im vollsten Sinne des Wortes metajuristisch.

So stellen wir nun die Aufgabe:

Die obersten Grundsätze des Rechtes müssen gefunden werden. Dann können wir weiterfragen, ob diese Gesetze nur Spezialfälle anderer Gesetze sind oder ob sie sich auf andere Gesetze nicht zurückführen lassen, Gesetze eigener Art sind. Ist aber das Recht nicht Bestandteil eines anderen Systems, so fallen alle Subsumtionsdefinitionen des Rechtes weg, von den Naturrechtlern angefangen, die die Gesetzlichkeit des Rechtes auf die ethische Gesetzlichkeit zurückführen bis zu den modernsten Definitionen wie Stammlers »Recht ist das unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen« [3]) oder Somlós »Recht bedeutet die Normen einer gewöhnlich befolgten, umfassenden und beständigen höchsten Macht« [4]). Denn auch sie sind Versuche, Kategorien, Grundbegriffe zu subsumieren, also widersinnig. So wenig die Geometrie den Raum, so wenig kann die Rechtswissenschaft das Recht definieren.

Von Sätzen also ist auszugehen, um zur Bestimmung des Rechts zu gelangen, und es ist Kelsens Verdienst, diesen Weg gezeigt zu haben. Wohl hat man sich auch vor Kelsen

[1]) Kritik der reinen Vernunft, Ausgabe Reklame, S. 228.

[2]) Husserl, Ideen, S. 26.

[3]) Theorie der Rechtswissenschaft, S. 109.

[4]) Juristische Grundlehre, S. 105.

Digitized by Google

mit den Rechtssätzen befaßt, doch war die Natur der Rechtssätze bereits bestimmt durch die vorher geschehene Bestimmung des Rechtes. Aus dieser wurde der Charakter der Rechtssätze gefolgert. Kelsen aber stellt die Untersuchung des Rechtssatzes an die Spitze. Sein erstes Hauptwerk spricht es schon im Titel aus: »Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz«.

Das Wesen des Rechts wird somit bestimmt durch die obersten Sätze des Rechts; wie aber gelangen wir zu diesen?

Das Verfahren der Mathematik und Naturwissenschaften ist folgendes: festgestellt sind bestimmte Sätze, deren Geltung außer Zweifel steht. Zu diesen werden die Voraussetzungen gesucht, also jene Sätze, aus denen sich die gegebenen Sätze durch einfache logische Operationen ableiten lassen [1]).

Für die Rechtswissenschaft ist die Sachlage nicht so einfach. Während nämlich die gegebenen mathematischen oder naturwissenschaftlichen Sätze nicht miteinander im Widerspruch stehen können, ist dies beim Recht möglich. Finden sich unter den gegebenen mathematischen oder naturwissenschaftlichen Sätzen widersprechende Sätze, so muß einer von ihnen aus dem System ausgeschlossen werden, denn es gehört zum Wesen des Systems, daß die aus den Axiomen erschlossenen Sätze widerspruchslos sind. Von zwei widersprechenden Sätzen kann also nur einer wahr sein, dem System angehören. Das Postulat der Widerspruchslosigkeit gilt aber im Recht nur für die Einzelrechtsordnung, nicht aber im Verhältnisse verschiedener Rechtsordnungen zueinander, obwohl die Sätze der einen sowohl als der anderen in den Umfang von Recht überhaupt fallen.

Ein Ausweg bietet sich auch nicht, wenn man behauptet, daß die widersprechenden Sätze zu verschiedenen Zeiten oder in verschiedenen Räumen gelten. Denn Raum und Zeit haben mit den Systemfragen nichts zu tun. Das System ist raum- und zeitlos. Wir hätten sonst verschiedene Systeme vor uns und, was sie einigt, wäre eine neuerlich Antwort erheischende Frage.

---

[1]) Auf alle hierher gehörigen Probleme, insbesondere die transzendentale Methode, die Problemstellung Kants und deren Fortentwicklung durch die Neukantianer soll in dieser Arbeit nicht eingegangen werden.

Digitized by Google

Aus einigen Axiomen aber sämtliche Rechtssätze überhaupt ableiten zu wollen, wäre, wie auf den ersten Blick klar wird, einfach Naturrecht.

So klafft in der Gesamtordnung aller Rechtssätze ein Bruch; was oberhalb der Bruchstelle liegt, muß ein aus wenigen Grundsätzen abgeleitetes System sein, durch welches das Recht überhaupt bestimmt wird; was unterhalb liegt, sind die Sätze der Einzelrechtsordnung, in denen zu jenen anderen Sätzen etwas hinzutritt, was nicht aus den »Obersätzen« abgeleitet werden kann.

Dieses Verhältnis der »Ober-« und »Untersätze« bezeichnet man als formal, welchen Begriff wir später noch genauer bestimmen werden. So kommt es, daß sich die allgemeinen »Rechtslehren« als formal ausgeben [1]).

Das Aufsteigen von den einzelnen Rechtssätzen zu ihren »Prinzipien« kann also nicht zum Rechte überhaupt führen, solange nicht etwas weggelassen wird, das Materiale zum bloß Formalen wird.

Um nun die »bedingenden« formalen Elemente von den »bedingten« materialen zu sondern, wollen wir ein neues Verfahren anwenden, die phänomenologische Analyse.

II.

Die phänomenologische Analyse.

Die Darstellung der phänomenologischen Methode, die ich nun zu geben habe, ist außerordentlich schwierig. Nur Husserl selbst konnte es gelingen, diese komplizierten Gedankengänge in so unvergleichlicher Klarheit darzustellen. Ich verweise auf seine Werke und werde hier nur dasjenige wiedergeben, was zur Grundlegung unserer Untersuchungen unbedingt erforderlich ist. Ich verwende daher auch im allgemeinen die Terminologie der »Logischen Untersuchungen« und ziehe die Terminologie der weitaus schwierigeren »Ideen« nur wenig heran.

Gehen wir davon aus, daß uns die Welt nur in unserem

[1]) Bierling, Juristische Prinzipienlehre, S. 1, »dabei ist sofort zuzugeben, daß alle diese Begriffe und Grundsätze, mit deren die juristische Grundlehre sich befaßt ... rein formaler Natur sind«. Stammler, a. a. O., S. 6. Somló, a. a. O., § 3 und 4.

Digitized by Google

Bewußtsein gegeben ist, daß Bewußtsein und Welt aufeinander angewiesen, nicht voneinander zu trennen sind [1]).

So wie die Gegenstände der Welt nur bewußtseinsmäßig gegeben werden, so ist auch das Bewußtsein immer ein Bewußtsein von Gegenständen. Das einzelne Bewußtseinserlebnis, das Bewußtsein eines bestimmten einzelnen Gegenstandes, nennen wir einen Akt. Jedes Bewußtseinserlebnis, jeder Akt also, hat seinen Gegenstand. Dieser aber ist nicht in dem Bewußtsein selbst enthalten, sondern der Akt bezieht sich in einer ganz eigenartigen und nicht weiter beschreibbaren Weise auf seinen Gegenstand. Dieses charakteristische Merkmal der Akte und damit des Bewußtseins überhaupt, ist seine Intentionalität [2]); »es drängt sich an beliebigen Beispielen unverkennbar entgegen, in der Wahrnehmung wird etwas wahrgenommen, in der bildlichen Vorstellung etwas bildlich vorgestellt, in der Aussage etwas ausgesagt, in der Liebe etwas geliebt, im Hasse etwas gehaßt, im Begehren etwas begehrt usw.« [3]).

Jeder Gegenstand nun oder jede Gegenstandsgruppe, das intentionale Ziel des Aktes, hat seine besondere Weise der Gegebenheit; Gegenstand und Akt sind aufeinander angewiesen, und so entspricht der Besonderheit des Gegenstandes auch eine Besonderheit des Aktes. Diese Formen der Gegebenheit lassen sich nicht abändern, so wenig man »Differenzialgleichungen malen oder auf der Geige spielen kann«.

Wir nennen diese besondere Art des Sichdarstellen des Gegenstandes in dem zugehörigen Akte die Konstitution des Gegenstandes [4]).

Hier liegen also Gesetze vor, die im Wesen des Einzelgegenstandes begründet sind (Wesensgesetze) und die den Charakter der apodiktischen Gewißheit tragen.

---

[1]) Vgl. hierzu vor allem Logische Untersuchungen, V., 2. Kap., und Ideen, § 33 ff.

[2]) Dieser Begriff stammt von Franz Brentano.

[3]) Logische Untersuchungen, V., S. 346, 1. Aufl.

[4]) Der Begriff der Konstitution entspricht dem Begriffe der Kantschen Synthesis. Leider ist uns aber in dieser Arbeit versagt, die Beziehungen und die große Verwandtschaft zwischen den Problemstellungen und Problemlösungen Kants und Husserls sowie die Fortschritte und Klärungen Husserls gegenüber Kant zu berücksichtigen.

Digitized by Google

In der natürlichen Einstellung, in der wir uns im allgemeinen bewegen, sind die Gegenstände der Akte, welche wir vollziehen, die Gegenstände unserer Umwelt. Nur sie sind intentional gemeint und in dieser Einstellung verbleiben wir auch, wenn wir wissenschaftliche Urteile abgeben.

Diese Sachlage aber ändert sich sogleich, wenn wir statt der natürlichen die phänomenologische Einstellung wählen. In ihr beziehen wir uns nicht mehr auf Gegenstände unserer Umwelt, diese haben kein Interesse mehr für uns, sondern wir wenden uns rückschauend den Akten selbst zu, in denen wir diese Gegenstände meinen. Die Akte werden also zu Gegenständen. »Während Gegenstände angeschaut, gedacht, miteinander in Beziehung gesetzt, unter dem idealen Gesichtspunkte eines Gesetzes betrachtet werden und dergleichen, sollen wir unser theoretisches Interesse nicht auf diese Gegenstände richten und auf das, als was sie in der Intention jener Akte erscheinen oder gelten, sondern im Gegenteil auf eben jene Akte, die bisher gar nicht gegenständlich waren; und diese Akte sollen wir nun in neuen Anschauungen und Denkakten betrachten, sie analysieren, beschreiben, zu Gegenständen eines vergleichenden und unterscheidenden Denkens machen. Das aber ist eine Denkrichtung, die den allerfestesten, von Anbeginn unserer psychischen Entwicklung sich immerfort steigernden Gewohnheiten zuwider ist[1].«

Diese Reflexion darf aber mit der Selbstbeobachtung, die bloß psychologisch, nicht phänomenologisch ist, nicht verwechselt werden. Nicht unsere eigenen Akte oder die Akte fremder Personen beobachten wir, sondern die reinen Akte überhaupt[2].

Um also die besondere Gegebenheitsweise des einzelnen Gegenstandes in seinem Akte zu erfassen, das Problem der Konstitution des Gegenstandes lösen zu können, ist es erforderlich, die phänomenologische Einstellung zu nehmen, die besonderen Akte zu Gegenständen zu machen. Auf diese Weise wird es uns gelingen, Grundsätze, die für bestimmte Gegenstände gelten, aufzufinden.

Nun heben wir aus den Akten überhaupt zunächst eine Gruppe heraus, auf die wir uns von nun an beschränken: die

[1]) Logische Untersuchungen, II. Bd., S. 10.

[2]) Vgl. Ideen, § 64, Die Selbstausschaltung des Phänomenologen.

Digitized by Google

ausdrückenden Akte, also jene Akte, in denen wir Gegenstände zum Ausdruck bringen, vor allem sprachlich ausdrücken.

In einem solchen Akte befinden sich vier Bestandteile [1]: 1. Der Ausdruck nach seiner physischen Seite (das sinnliche Zeichen, der artikulierte Lautkomplex, das Schriftzeichen auf dem Papier u. dgl.).

Jeder Ausdruck aber muß etwas ausdrücken, sonst wäre er ein sinnloser Zusammenhang von Lauten oder Buchstaben. Unter dem, was ausgedrückt ist, kann Verschiedenes verstanden werden. Es wäre naheliegend, anzunehmen, daß es der Gegenstand selbst ist, der ausgedrückt wird; doch ist dies nicht richtig, es schiebt sich vielmehr eine Zwischenstufe ein: die Bedeutung. »Die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Bedeutung und Gegenstand wird klar, wenn wir uns durch Vergleichung von Beispielen überzeugen, daß mehrere Ausdrücke dieselbe Bedeutung, aber verschiedene Gegenstände, und wieder, daß sie verschiedene Bedeutung, aber denselben Gegenstand haben können. Daneben besteht selbstverständlich auch die Möglichkeit, daß sie nach beiden Richtungen differieren und wieder übereinstimmen. Das letztere ist der Fall der tautologischen Ausdrücke, z. B. der in verschiedenen Sprachen miteinander korrespondierenden Ausdrücke gleicher Bedeutung und Nennung (London, Londres; zwei, deux, duo) [2].«

Bedeutungen und Gegenstände sind von einem vierten Bestandteile zu scheiden: der Anschauung [3], der Tatsachenwelt. Dieser Gegensatz wird heute meistens als der Gegensatz von Begriff und Tatsache bezeichnet. Freilich kann man unter Begriff sowohl die Bedeutung als auch den Gegenstand verstehen.

Der Gegensatz wurde, wie schon in der Einleitung hervorgehoben, zuerst an der Zahl beobachtet. Daß die Zahlen keine Tatsachen darstellen, daß ihre Gesetzlichkeit von ganz anderer Art ist, als die der Tatsachen, wurde bald erkannt. Die Zahlen

[1]) Erste Untersuchung, § 6.

[2]) Erste Untersuchung, § 12, S. 47; vgl. überhaupt die Paragraphen 9 bis 15 der Ersten Untersuchung und die tieferen Analysen, Ideen, § 128 ff.

[3]) Ich gebrauche dabei Anschauung, in dem von Husserl in der Sechsten Untersuchung verworfenen eingeschränkten Sinn der Faktizität, jedoch nur aus bestimmten terminologischen Rücksichten.

Digitized by Google

sind aber nur eine Untergruppe der Begriffe überhaupt. Begriffe können sich auf Anschauung beziehen, sich in Anschauung erfüllen; dann sind die entsprechenden Tatsachen jedoch nicht die Begriffe, sondern ihre bloßen Vertreter, Verkörperungen.

Die Tatsachen selbst haben ihre Stellen in der Zeit, sie können daher entstehen und vergehen: der Begriff ist zeitlos, für ihn ist es daher sinnlos, von Entstehen und Vergehen zu sprechen, nur seine Vertreter, die Tatsachen haben Anfang und Ende.

Freilich ist es möglich, daß die Tatsachen selbst zu Gegenständen werden. Das ist der Fall in der (empirischen) Naturwissenschaft, wo bloß die Gesetzlichkeit der Tatsachen erfaßt werden soll.

Die angeführten Bestandteile werden sich leichter auseinanderhalten lassen, wenn wir einige ihrer Beziehungen aufweisen.

Zunächst die Bedeutungslosigkeit[1]:

1. Ausdruck ohne Bedeutung, z. B. Abracadabra. Wir stellen allgemein fest: Hat ein Ausdruck keine Bedeutung, so hat er auch keinen Gegenstand und keine Anschauung.

2. Ausdruck mit Bedeutung, aber ohne Gegenstand, z. B. viereckiger Kreis. Fehlt der Gegenstand, so fehlt auch die Anschauung.

3. Ausdruck mit Bedeutung, mit Gegenstand, aber ohne Anschauung, z. B. der Kentaur, das Gespenst. Hier fehlt die »Wirklichkeit«, die »Realität«.

Weiters stellen wir fest:

1. Es gibt verschiedene Ausdrücke mit gleichen Bedeutungen, synonyme Ausdrücke. Diese haben auch den gleichen Gegenstand und die gleiche Anschauung.

Umgekehrt gibt es verschiedene Bedeutungen mit gleichen Ausdrücken: Äquivokationen.

2. Verschiedene Bedeutungen mit gleichen Gegenständen: Äquivalente Bedeutungen. »Die klarsten Beispiele für die Sonderung von Bedeutung und gegenständlicher Beziehung bieten uns die Namen ..... Zwei Namen können Verschiedenes bedeuten, aber dasselbe nennen. So z. B. der Sieger von Jena — der Besiegte von Waterloo; das gleichseitige Dreieck — das

[1] Erste Untersuchung, § 15.

Digitized by Google

gleichwinkelige Dreieck. Die ausgedrückte Bedeutung ist in den Paaren eine offenbar verschiedene, obwohl beiderseits derselbe Gegenstand gemeint ist[1].«

Äquivalente Bedeutungen haben auch die gleiche Anschauung.

3. Verschiedene Gegenstände mit gleicher Anschauung.

Auf Grund derselben Anschauung können wir sagen:

Eine Amsel fliegt auf, dies ist ein schwarzer Vogel, ein schwarzer Vogel fliegt auf usw.[2]. Oder ein Beispiel aus schwierigerer Sphäre: dieselbe Anschauung kann theoretisch beurteilt und andererseits gewertet werden. Gegenstand ist in dem einen Falle der werte, im anderen Falle der theoretisch beurteilte Sachverhalt.

An dieser Stelle bietet sich uns auch die Gelegenheit, den Psychologismus, den charakteristischen Fehler der überwundenen Logik, deren Führer Sigwart war, zu beschreiben. Der Psychologismus unterscheidet nicht zwischen dem Urteilsinhalte und dem Urteilen. Der Urteilsinhalt aber (Bedeutung und Gegenstand) unterliegt einer anderen Gesetzlichkeit als das Urteilen.

Wenn ich aussage: «Die drei Höhen eines Dreieckes schneiden sich in einem Punkte, so liegt dem natürlich zugrunde, daß ich so urteile. Wer meine Aussage mit Verständnis hört, weiß dies auch, nämlich er apperzipiert mich als den so Urteilenden. Ist aber mein Urteil, das ich hier kundgegeben habe, auch die Bedeutung des Aussagesatzes, ist es das, was die Aussage besagt und in diesem Sinne zum Ausdrucke bringt? Offenbar nicht. Die Frage nach dem Sinne und der Bedeutung des Ausdruckes wird normalerweise kaum jemand so verstehen, daß ihm einfallen würde, auf das Urteil als psychisches Erlebnis zu rekurrieren. Vielmehr wird jedermann auf diese Frage antworten: Was diese Aussage aussagt, ist dasselbe, wer immer sie behauptend aussprechen mag und unter welchen Umständen und Zeiten immer er dies tun mag. Und dieses Selbige ist eben dies, daß die drei Höhen eines Dreieckes sich in einem Punkte schneiden, nicht mehr und nicht weniger. Im wesentlichen wiederholt man also dieselbe Aussage und man wiederholt sie, weil sie eben die eine und eigens angemessene Ausdrucksform für das Identische

[1]) Erste Untersuchung, § 12, S. 47.

[2]) Vgl. Sechste Untersuchung, § 4.

Digitized by Google

ist, das die Bedeutung heißt. In dieser identischen Bedeutung, die wir uns als identisch in der Wiederholung der Aussage jederzeit zu evidentem Bewußtsein bringen können, ist von einem Urteile und Urteilenden schlechterdings nichts zu entdecken. Der objektiven Geltung eines Sachverhaltes glauben wir versichert zu sein und geben ihr als solcher in der Form des Aussagesatzes Ausdruck. Der Sachverhalt selbst ist, was er ist, ob wir seine Geltung behaupten oder nicht . . . Mein Urteilsakt ist ein flüchtiges Erlebnis, entstehend und vergehend. Nicht aber ist das, was die Aussage aussagt, dieser Inhalt, daß die drei Höhen eines Dreieckes sich in einem Punkte schneiden, ein entstehendes und vergehendes. So oft ich oder wer auch immer diese selbe Aussage gleichsinnig äußert, so oft wird von neuem geurteilt . . . Was die Aussage besagt, ist überall dasselbe [1]).«

III.

Der Rechtsakt.

Wollen wir nun die gestellte Aufgabe, die obersten Sätze, die für Recht überhaupt gelten, aufzufinden, durch die phänomenologische Analyse lösen, so haben wir zu fragen: Was finden wir im Rechtsakt, d. i. in einem Akt, in dem sich Recht konstituiert? Welches sind die Gesetzlichkeiten, die durch das Wesen des Rechtsaktes vorgezeichnet werden? Sind die Rechtsakte eine eigene Gruppe von Akten und sind daher die Wesensgesetze des Rechtes Gesetze, die sich nicht weiter auf andere Gesetze zurückführen lassen oder lassen sich die Rechtsakte in eine andere Gruppe von Akten einreihen, und in welche?

Zunächst aber müssen wir uns noch darüber besinnen, was wir unter Rechtsakten zu verstehen haben. Im Rechtsakte konstituiert sich Recht, wir sind auf Recht intentional gerichtet; eine andere Bestimmung können wir freilich nicht geben. Der Ausdruck Rechtsakt ist nun zwar in der Rechtswissenschaft noch wenig gebraucht worden, jedoch sind Mißverständnisse nicht ausgeschlossen. Wir wollen daher gewisse Aktgruppen, die man als Rechtsakte bereits bezeichnet hat, aus dem Objekte unserer Untersuchung ausscheiden.

[1]) Erste Untersuchung, § 11.

Digitized by Google

Häufig versteht man unter Rechtsakten »rechtsetzende Akte«, Akte also des Gesetzgebers, eventuell des Richters, durch welche Recht erst »geschaffen« wird. Aber diese Akte sind nicht Rechtsakte in unserem Sinn; im Rechtsakt erfassen wir Recht, in ihm wird es uns gegeben; wir sind intentional darauf gerichtet. Erfaßt wird das Recht somit nicht nur von Gesetzgeber und Richter, sondern von jedem Subjekt, das den Blick auf Recht richtet. Freilich ist im rechterzeugenden Akt immer auch ein rechterfassender enthalten. Denn die Rechtserzeugung ist keine Urzeugung, sondern sie ist in bestimmter Hinsicht, wie wir noch genauer sehen werden, durch vorgezeichnete Linien determiniert. Diese Vorzeichnungen ergeben sich aus dem Wesen des rechterfassenden Aktes, der den Untergrund des rechterzeugenden bildet.

Mit der Phänomenologie des rechterzeugenden Aktes beschäftigen wir uns in dieser Arbeit nicht. Wir schalten damit große Problemgruppen aus, wie z. B. das Wollen des Gesetzgebers, die »volitive Logik« usw.

Auch in Reinachs Werk finden sich Aktanalysen; von einem Rechtsakt ist jedoch bei ihm niemals die Rede. Er geht vielmehr von der Untersuchung des Versprechens und des daraus entstehenden Anspruches aus und reiht das Versprechen unter eine Aktgruppe: die sozialen Akte ein. Versprechen und Anspruch sind für ihn spezifisch rechtliche Gebilde, von denen apriorische Sätze gelten, die in den Bereich der apriorischen Rechtslehre fallen.

Soziale Akte aber und Rechtsakte sind etwas durchaus Verschiedenes. Denn in sozialen Akten kann sich Recht nicht konstituieren. Die sozialen Akte sind nicht auf Recht intentional gerichtet, wie auch Reinach selbst meint. Sie richten sich auf etwas anderes, sei es nun ein zweites Subjekt, an das man sich im sozialen Akte wendet, oder das Verhalten jenes Subjektes usw.

So halten wir Reinachs Ausgangspunkt bereits für verfehlt; denn Anspruch und Versprechen erscheinen nicht nur in der Sphäre des Rechtes, sondern auch in Sitte, Konvention, in Psychologie und Soziologie. Alle an diesen Ausgangspunkt anschließenden Behauptungen und Folgerungen Reinachs werden demnach, so interessant sie in anderer Beziehung sind, für uns gegenstandslos.

Digitized by Google

Reinachs Intention ging wohl auch nach anderer Richtung als die unsere; ihm handelte es sich darum, zu zeigen, auf welche sozialen Erscheinungen das Recht bei seinen Regelungen stößt; vorgegeben sind hier Menschen mit praktischer Umwelt, in mannigfachem Verkehr miteinander und verschiedenartigen Verhaltungsweisen gegenüber den Gütern. Die Schilderung dieser sozialen Welt ist gewiß eine wichtige Aufgabe, aber Reinach vermengte die Untersuchung dieser rechtlichen Vorgegebenheiten mit der Untersuchung des Rechtes selbst.

In methodisch etwas ähnlicher Weise wie Reinach will auch Hölder[1]) den Ausdruck Rechtsakt verwenden. Rechtsakt ist ihm die vom Rechte sanktionierte Handlung. Aber auch diese Akte (denn auch Handlungen sind Akte) sind intentional nicht auf Recht gerichtet, selbst dann nicht, wenn, wie man oft behauptet, die Handlungen (Willensäußerungen) auf einen Rechtserfolg abzielen, denn das intentionale Ziel ist ein Erfolg, wenn auch ein durch das Recht in irgend welcher Weise determinierter Erfolg.

Die Verwendung des Ausdruckes »Akt« in der Staatslehre endlich (Staatsakt, Verwaltungsakt) wird wohl kaum zu Verwechslungen mit dem von uns gemeinten Sinn des Wortes Anlaß geben.

Die Analyse des Rechtsaktes werden wir aber erst vornehmen, wenn wir die falschen Auffassungen zurückgewiesen und damit über das ganze Problemgebiet Klarheit gewonnen haben. Es wäre nämlich ganz falsch zu glauben, daß die Aktanalyse eine grundlegende Neuerung in der Rechtswissenschaft bedeutet. Wir wollen nur bewußt und methodisch das tun, was bisher ohne Klärung der notwendigen Voraussetzungen geschehen ist. Es wird uns daher nicht wunder nehmen können, wenn wir Fehler in den Analysen entdecken werden, die die Rechtswissenschaft bisher vorgenommen hat.

Vor allem haben wir uns vor der Psychologisierung des Aktes zu hüten. Wir haben sie bereits charakterisiert. Nicht das zufällige Auftreten des Aktes in der empirischen Welt, sondern das reine Wesen des Aktes ist das Objekt unserer Untersuchung. Wir fragen nicht danach, wie der Akt psychologisch zustande kommt; das kausale Werden des Aktes gehört nicht

[1]) Pandekten, S. 202, 208.

Digitized by Google

in den Rahmen unserer Untersuchung. Wir lösen den Akt für sich heraus, abgetrennt von allen Gliedern der Kausalkette.

Daß eine solche Untersuchung möglich ist und daß sie zur Erkenntnis des im Akte sich aufbauenden Gegenstandes notwendig ist, nicht ein bloßes Hirngespinst, hat Kants transzendentale Ästhetik bewiesen, auf die nur kurz zu Vergleichszwecken hingewiesen werden soll.

Die transzendentale Ästhetik stellt die Frage nach dem Wesen jenes Aktes, durch den uns der Raum gegeben wird und beantwortet die Frage durch das Aufweisen der »reinen Anschauung«. Neben dieser Frage steht die gänzlich anders geartete Frage, wie wir psychologisch die Raumvorstellung erwerben. Um die Lösung dieses Problems geht der Streit zwischen den Empiristen und Nativisten, der Streit, ob die Raumvorstellung durch Erfahrung erworben oder angeboren sei. Aber die Kantsche Untersuchung wird dadurch nicht im mindesten berührt, wie auch die Entscheidung ausfallen mag.

Es ist dieselbe Art der Untersuchung, wie die Kants, die wir für das Recht vornehmen wollen. Wie also ein konkreter Rechtsakt zustande kommt, welche realen Bedingungen dazu vorhanden sein müssen, ist für uns belanglos. Dies gehört in das Gebiet der Rechtspsychologie oder Rechtssoziologie, deren Untersuchungen gewiß von größter Wichtigkeit sind, die aber ihre Grenzen nicht kennt und häufig mit ihrer psychologischen Analyse auch das Wesen des Rechts erfassen zu können vermeint. Hier spielt sich genau dasselbe ab, wie im Kampfe der Empiristen gegen Kant.

Wie die Empiristen fragen, woher wir die Raumvorstellung erwerben, nicht, was das Wesen der Raumvorstellung ist, so fragt Ehrlich; »woher schöpfen die Gerichte ihre Entscheidungsnormen[1]«.

Die von Ehrlich erteilte Antwort belehrt uns daher nicht über das Wesen des Rechts, sondern gibt uns nur, gewiß sehr wertvolle und interessante Aufschlüsse über die Psychologie des Richters. Er meint, der Richter urteile immer nur auf Grund von Interessenabwägungen, nicht auf Grund des Gesetzes. »Kantorowicz hat darauf hingewiesen, daß der große Bartolus

[1]) Soziologie des Rechts, S. 98; vgl. auch S. 381 ff.

Digitized by Google

zuerst die ihm vorliegenden Fälle nach Gerechtigkeit zu entscheiden pflegte und dann erst die Quellenstellen für ihre Begründung von seinen Schülern zusammensuchen ließ: ähnlich gehen die Richter auch heute noch in vielen, vielleicht sogar in den meisten Fällen vor. Da sind die Entscheidungen, die Ernst Fuchs als die kryptosoziologischen bezeichnet [1].«

Allein in welcher Weise der Richter zu seiner Entscheidung gekommen ist, ob das Gesetz oder eine Interessenabwägung dabei eine Rolle spielt, ist eine Frage, die nicht der Rechtsphänomenologie vorgelegt werden darf. Denn diese untersucht das Wesen, nicht das Werden des Rechtsaktes. Das Wesen der richterlichen Entscheidung bleibt unverändert, auf Grund welcher Erwägungen immer der Richter zu seiner Entscheidung gekommen sein mag.

IV.

Unrichtige Analysen des Rechtsaktes. Erste Reihe.

Wir haben nun eine doppelte Reihe von falschen Aktanalysen zu verfolgen: die erste schließt an die Einteilung der Akte in der Vulgärpsychologie [2], die andere an die von uns im Akte aufgewiesenen Bestandteile an. Man unterscheidet in der Vulgärpsychologie Vorstellen, Fühlen und Wollen als die drei Grundvermögen oder Richtungen unseres Bewußtseins. Unter alle drei Arten wurden die Rechtsakte bereits eingereiht.

Daß das Recht vorstellbar sei, uns in Wahrnehmung gegeben werden könne, wird zwar selten ausgesprochen, ist jedoch so erstaunlich dies klingen mag, die Grundhypothese der heutigen Jurisprudenz. Der Empirismus ist es, der, freilich nicht klar bewußt, die Grundlage der Rechtswissenschaft bildet. Der Vorwurf, den wir gegen den Empirismus erheben müssen, ist die Vermengung von Gegenstand und Anschauung (im oben angegebenen Sinn), wir wollen daher diesen falschen Gedanken erst später, bei der zweiten Reihe der unrichtigen Analysen genauer besprechen. Unter Vorstellungen sind in diesem Zusammenhange auch Urteile zu verstehen, denn im empiristischen Sinne ist das Urteil nur eine Verbindung von Vorstellungen.

[1] Juristische Logik, S. 420.

[2] Wundt, Grundriß der Psychologie, S. 11 ff.

Digitized by Google

Daß die Rechtsakte zu den Gefühlen gehören, ist eine immer noch von manchem vertretene Meinung [1]). Was aber sagt uns das Rechtsgefühl? Nehmen wir an, es gebe uns wirklich eine exakte Entscheidung des einzelnen Rechtsfalles; ist damit etwas über das Wesen des Rechtes ausgesagt? Das Rechtsgefühl setzt gerade Recht voraus. Es sagt, was für Recht anzuwenden ist, es spricht bestimmte Rechtsfolgen aus, es trifft also nur die Wahl zwischen den zur Verfügung stehenden möglichen Entscheidungen. Die Entscheidung kann aber nur erfolgen, wenn ein bestimmter Kreis von Möglichkeiten gegeben ist, aus denen gewählt wird. Das Rechtsgefühl kann daher, selbst wenn wir alle von seinen Verteidigern aufgestellten Behauptungen akzeptieren, niemals sagen, was Recht überhaupt ist. Rechtsgefühl ist das Gefühl für das, was im einzelnen Fall gerecht ist, nicht ein Gefühl für Recht überhaupt. Wir sprechen ja von gefühlsmäßig unrichtigen Rechtsentscheidungen, die dennoch Recht sind. Wer freilich nur das, was seinem Rechtsgefühl entspricht, als Recht ausgibt, steht auf rein naturrechtlichem Standpunkt.

Wie unklar allerdings die Gefühlstheorie ist, mag nur ein Satz beweisen: »Noch niemals war bisher erkannt worden, daß das Rechtsgefühl ein Gefühl des Einklangs und der Zusammengehörigkeit der Rechtsfolge mit ihrem Tatbestand ist und daß es gerade dieses Kausalverhältnis zwischen Tatbestand und Rechtsfolge ist, welches in unserem Fühlen und Empfinden seinen Sitz hat [2])«, wozu zu bemerken ist, daß hier wohl wirklich zum ersten Male ein Kausalverhältnis gefühlsmäßig erfaßt wird.

Weiter: das Recht sei ein Wollen. Hier kreuzen sich zwei verschiedene Gedanken, die in der Rechtswissenschaft niemals auseinandergehalten werden. Entweder ist das Recht als Gegenstand ein Wollen, dann ist der Rechtsakt ein Akt, in dem wir das Wollen erkennen, er gehört daher nicht selbst zu den Willensakten; oder der Rechtsakt ist selbst ein Wollen, das Recht als Gegenstand konstituiert sich nur im Akte des Wollens, es ist also Gewolltes, das ist Zweck, beziehungsweise wenn man den Satz: wer den Zweck will, will auch die Mittel, als analytisch ansieht, das Mittel.

[1]) Vgl. hauptsächlich Schloßmann, Der Vertrag, S. 193 ff.

[2]) Löning, Über Wurzel und Wesen des Rechtes, S. 29.

Digitized by Google

Daß diese Vermischung stattfindet, zeigen wir zunächst an einem Beispiel, an einer Behauptung Somlós: »Das Recht ist nicht Wille, sondern nur Ausfluß eines Willens, es ist auch nicht Mitteilung eines Willens, sondern ein Willensakt[1].« Das sind im strengsten Sinne widersprechende Sätze. Denn, wenn das Recht nicht Wille ist, so kann es auch kein Willensakt sein und umgekehrt. Ist aber das Recht ein Wille, beziehungsweise ein Willensakt, so kann es nicht Ausfluß eines Willens sein. Die Fortsetzung des Satzes: »jedenfalls ist der Begriff des Wollens im Begriffe des Rechts mitenthalten«, ist daher überhaupt nichtssagend.

Verfolgen wir nun den ersten Gedanken: ist das Recht selbst ein Wollen, dann sind die rechtlichen Gegenstände psychische Erscheinungen, also der realen Welt, der Welt der Zeitlichkeit angehörig[2]; die für das Recht geltenden Gesetze sind Gesetze der Tatsachenwelt, der Zusammenhang der rechtlichen Gegenstände ist ein Zusammenhang von Tatsachen; wo immer man vom Recht spricht, müßte man diese psychischen Tatsachen aufweisen können. Die Rechtssätze sind Sätze, die über psychische Tatsachen aussagen, die Wahrheit eines Rechtssatzes wäre also seine Übereinstimmung mit der Tatsachenwelt, über die er aussagt.

Wir sehen, daß wir neuerlich beim Empirismus angelangt sind. In den Empirismus münden fast alle unrichtigen Gedanken. Wir werden daher auch die Kritik dieser Auffassung bei der Kritik des Empirismus geben.

Nach dieser ersten Willenstheorie wären also die Rechtsakte Akte der Erkenntnis, keine Willensakte. Wir wollen mit einem Ausdrucke Hildebrandts[3] diese Akte als Kenntnisnahmen bezeichnen. Die zweite Willenstheorie dagegen sagt, daß das Recht als Gewolltes sich im Willensakte konstituiere, so wie die Wahrnehmung (das Wahrgenommene, die Vorstellung) im Akte der Wahrnehmung, das Urteil im Akte des Urteilens.

---

[1]) Somló, a. a. O., S. 219.

[2]) Die Analyse der noetischen Seite des Willens wird hier nicht berücksichtigt; bei der durchgängigen Parallelität von Noesis und Noema ist das bezüglich des Gegenstandes: gewolltes Gesagte entsprechend zu übertragen.

[3]) Dietrich v. Hildebrandt, Die Idee der sittlichen Handlung, Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung, III. Bd., 1916. Wir wollen unter Kenntnisnahme auch Hildebrandts Begriff der Erkenntnis einbeziehen.

Digitized by Google

Hier ist eine kurze Untersuchung der Natur des Willens nicht zu vermeiden. Denn dieser Begriff ist wie kaum ein anderer unrichtig aufgefaßt worden. Glücklicherweise können wir uns auf die Untersuchungen Kelsens [1]) stützen.

Es ist zunächst Kelsens wichtiges Verdienst, auch in der Jurisprudenz die richtige Unterscheidung zwischen Wollen und Verursachen, die Sigwart in der Logik bereits gewonnen hatte, gegen Zitelmann, Bekker und Binding zum Siege geführt zu haben. »Fragt man sich, in welchem Verhältnis das Kausalgesetz zum psychologischen Begriff des Willens steht . . . ., ist folgendes zu bemerken: Gewollt im psychologischen Sinne ist stets nur der Inhalt einer Vorstellung. Das mit dem Inhalt dieser Vorstellung konforme tatsächliche Geschehen ist überhaupt nicht als ‚gewollt', sondern unter Umständen — und auch das nicht immer — als durch den Willen verursacht zu betrachten. Darum ist es auch unrichtig, den Willen als Ursache der Körperbewegung schlechtweg zu definieren, wie dies bei zahlreichen Juristen geschieht. Denn es gibt Körperbewegungen, deren Ursache ein Wille ist und die doch nicht ‚gewollt' sind. Treffend führt Sigwart aus, daß, wer mit dem Hammer auf den Finger schlägt, statt, wie er wollte, auf den Kopf des Nagels, wohl eine willkürliche Bewegung ausführt, ohne sie gewollt zu haben, das heißt, seine Bewegung ist durch den Willen verursacht, aber nicht ‚gewollt', weil nicht mit der Vorstellung des Willens in Übereinstimmung. Ein anderes ist die vorgestellte ‚gewollte' und die wirklich ausgeführte Bewegung. . . . . Für die Frage nach dem Inhalt eines Willens, nach dem, was gewollt ist oder als gewollt zu gelten hat, ist der tatsächlich in der Außenwelt sich vollziehende Kausalablauf bedeutungslos. . . . . Es muß scharf geschieden werden zwischen dem, was gewollt ist, und dem, was kausal durch den Willen, respektive die willkürliche Bewegung verursacht wurde [2]).«

Auch nach Ausscheidung der kausalen Elemente aus dem Willensbegriffe bleiben noch zahlreiche Unklarheiten zurück, noch immer ist der Willensbegriff nicht eindeutig. In jedem Falle

[1]) Hauptprobleme, 2. Buch.

[2]) Hauptprobleme, S. 116.

Digitized by Google

aber können wir den Willensakt als einen Akt der Stellungnahme bezeichnen [1]).

Was verstehen wir unter stellungnehmenden Akten? Wir verweisen diesbezüglich auf Hildebrandt. Unter diesem einheitlichen Ausdruck sind jene Akte zu verstehen, als deren Typen Husserl bereits in der Sechsten logischen Untersuchung die Frage-, Wunsch- und Befehlssätze behandelt hat. »Blicken wir etwa auf die Freude über etwas, auf die Begeisterung, auf die Liebe zu etwas, so weisen alle diese Erlebnisse einen gemeinsamen Charakter auf. Sie stellen trotz aller qualitativen Verschiedenheit Stellungnahmen meines Ichs der Gegenstandswelt gegenüber dar. Das Freudemoment oder das Begeisterungsmoment sind Gehalte, die auf der subjektiven Seite ins Erlebnis eingebettet sind und die einem mir gegenüberstehenden Inhalte jeweils gelten. Als charakteristischen Gegensatz zu diesen Erlebnissen müssen wir z. B. das Wahrnehmen einer Farbe nennen, ein Erlebnis, in dem unser Ich gleichsam leer ist und nur ein Inhalt auf der Gegenstandsseite gefunden werden kann. Das ganze Erlebnis ist hier ein reines Haben von etwas, das sich uns gegenüber befindet. Wir wollen diesen Typus als Kenntnisnahme der Stellungnahme gegenüberstellen.«

Gegenüber diesen Verschiedenheiten dürfen wir aber an die Gemeinsamkeiten nicht vergessen; sowohl Stellungnahmen als Kenntnisnahmen sind Akte mit allen zu Akten gehörigen Elementen. Beide haben daher ihre Gegenstände; im Akte des Kenntnisnehmens konstituiert sich die Kenntnisnahme, das »zur Kenntnis Genommene«, wie im Akte des Stellungnehmens die Stellungnahme.

Auch beim Stellungnehmen ist also zwischen dem Akte und seinem Gegenstand zu unterscheiden. Zwischen der Aussage: »Ich freue mich darüber« und der Aussage: »Dies ist erfreulich für mich«, besteht ein Unterschied, der nicht bloß in der Sprache liegt.

Freilich besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen den Gegenständen des stellungnehmenden und kenntnisnehmenden Aktes: der Gegenstand des Kenntnisnehmens läßt sich in einer

[1]) Vgl. die oben angeführte Arbeit Hildebrandts, S. 154 ff. und 134 ff., Alexander Pfänder, Phänomenologie des Wollens.

Digitized by Google

durchaus selbständigen Aussage ausdrücken, ohne das dabei auf das aussagende Subjekt zurückgegangen wird. Der pythagoräische Lehrsatz z. B. ist seinem Wesen nach und insbesondere hinsichtlich der Frage nach seinem Geltungsgrund durchaus unabhängig vom Subjekt, das ihn aussagt. Anders beim Gegenstand des Stellungnehmens; denn eine Aussage über den Gegenstand des Stellungnehmens ist ergänzungsbedürftig hinsichtlich des stellungnehmenden Subjekts. Wir werden von der Ergänzungsbedürftigkeit gewisser Ausdrücke noch zu sprechen haben; hier handelt es sich uns nur darum: ein Ausdruck wie: dies ist erfreulich, ist noch kein vollständiger, sinnvoller Ausdruck, er erhält seinen vollen Sinn erst dann, wenn wir wissen, für wen dieser Sachverhalt erfreulich ist. So ist es bei allen stellungnehmenden Akten, also auch beim Wollen.

Der bloße Ausdruck: dies ist gewollt, ist unbefriedigend, er gibt nicht vollen Aufschluß darüber, was ausgedrückt werden soll. Wir müssen sagen: Ich will dies, beziehungsweise dies ist von mir gewollt. Es gibt daher nicht Zwecke und Mittel überhaupt, sondern nur Zwecke und Mittel jemandes[1]).

Weiters lassen sich die Stellungnahmen dadurch charakterisieren, daß sie fundierte Akte darstellen[2]). Fundierte Akte sind solche, die nicht für sich allein bestehen können, sondern einen andern Akt voraussetzen, an den sie sich anlehnen. Dieser fundierende Akt dagegen ist unabhängig, er besteht auch ohne den fundierenden Akt.

Schon Franz Brentano hat den Satz aufgestellt, daß »alle psychischen Phänomene entweder Vorstellungen sind oder auf Vorstellungen als ihrer Grundlage beruhen . . . nichts kann beurteilt, nichts kann auch begehrt, nichts kann gehofft und gefürchtet werden, wenn es nicht vorgestellt wird«.

So kann auch nichts gewollt werden, wenn es nicht vorgestellt ist. Diese Erkenntnis bedeutet nichts Neues. Denn es herrscht in

---

[1]) Diese Ergänzungsbedürftigkeit ist eine ganz andersartige als die der sogenannten wesentlich okkasionellen Bedeutungen und darf nicht mit ihr verwechselt werden.

[2]) Der Begriff der Fundierung wird für uns an späterer Stelle noch sehr bedeutungsvoll werden, wir sparen daher die ausführliche Darstellung bis dahin auf, um nicht zu weit abzukommen.

Digitized by Google

der Psychologie kaum mehr Streit darüber, daß der Wille die Vorstellung eines Zweckes voraussetzt. So faßt Kelsen seine Darstellung, die der herrschenden psychologischen Ansicht folgt, zusammen: »Als gewollt im psychologischen Sinne hat der in Verbindung mit einer eigenen Aktivität als Mittel zur Beseitigung eines Strebens vorgestellte Zustand oder Vorgang zu gelten[1].«

So kann also auch beim Wollen der fundierte Akt, das Streben, Drängen, Gefühl des Unbefriedigtseins oder wie immer man es bezeichnen mag, wegfallen, die fundierende Vorstellung aber für sich allein bestehen bleiben.

Selbstverständlich gilt dies genau so wie für die Akte für die in den Akten gemeinten Gegenstände. Auch hier können die fundierten Gegenstände wegfallen, ohne daß die fundierenden hiedurch beeinträchtigt werden.

Gehören die Rechtsakte demnach zu den stellungnehmenden Akten, so muß es sich für sie nachweisen lassen, daß sie ergänzungsbedürftig und daß sie fundierte Akte sind.

Wir erinnern uns hier daran, daß wir rechtsetzende und rechterfassende Akte geschieden und unsere Untersuchung auf erstere beschränkt haben; schon an dieser Stelle deuteten wir auf ein Fundierungsverhältnis zwischen beiden Akten, in dem wir feststellten, daß die rechterfassenden den Untergrund der rechterzeugenden Akte bilden.

Es mag nun für die rechtsetzenden Akte richtig sein, daß es sich bei ihnen um Stellungnahmen handelt. Dann aber kann kein Zweifel sein, daß wir wie bei jeder Stellungnahme fundierte Akte vor uns haben. Es erhebt sich daher sogleich die weitere Frage nach der Natur der fundierenden Akte. Diese müssen Vorstellungen, Kenntnisnahmen, »einstufige Akte« sein. Es muß sonach — und wir sind uns bewußt, daß wir damit einen Satz aussprechen, der, aus seinem Zusammenhang gerissen, sehr anstößig erscheinen mag — in jedem rechtsetzenden Akt eine Kenntnisnahme liegen, zu der erst die Stellungnahme, das Wollen hinzutreten könnte. Dieser fundierende Akt kann aber nur der rechterfassende Akt sein. Gerade in diesem Akt muß sich also Recht konstituieren, nicht erst in der hinzutretenden Stellungnahme, die

[1]) a. a. O., S. 112. Vgl. die dort zitierte Literatur und die bereits angezogene Schrift Pfänders

Digitized by Google

dem Inhalt der Gegenstandsseite (vgl. die oben zitierte Stelle Hildebrandts) nichts hinzuzufügen vermag. Wir können in anderer Formulierung auch sagen: der Gesetzgeber muß den Rechtsgedanken erst fassen, bevor er ihn wollen kann[1]); er schwankt z. B. zwischen verschiedenen Rechtssätzen, bevor er sich entscheidet, welchen von ihnen er will.

Die Unterscheidung rechtsetzender und rechterfassender Akte liegt auch der Scheidung Labands zwischen Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl zu Grunde. »In jedem Gesetz ist ein doppelter Bestandteil zu unterscheiden, die in dem Gesetz formulierte Rechtsregel und die Ausstattung derselben mit verbindlicher Kraft oder wie man auch sagen kann, Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl[2]).« Gesetzesinhalt bedeutet hiebei nichts anderes als den Gegenstand des rechterfassenden Aktes, Gesetzesbefehl den rechtsetzenden Akt beziehungsweise dessen Gegenstand. Das Fundierungsverhältnis der beiden Akte aber ist Laband entgangen. So sieht es bei ihm aus, als könnte der Gesetzgeber den Gesetzesbefehl vollziehen, indem er den Akt eines Andern beziehungsweise dessen Inhalt, nämlich den Gesetzesinhalt übernimmt. »Es ist nicht notwendig, daß der Gesetzgeber den Gesetzesinhalt erfindet; derselbe kann durch einen völkerrechtlichen Vertrag, durch eine mit Ausarbeitung beauftragte oder freiwillig in Tätigkeit getretene Kommission usw. gegeben sein. Er kann den Rechtsgedanken aus dem Recht eines andern Staates, aus der Wissenschaft usw. entnehmen.« Diese Argumentation gehört der Rechtspsychologie, nicht der Rechtsphänomenologie an. Woher der Gesetzgeber den Gedanken übernommen hat, das steht unter dem Kausalgesetz und ist daher für die Frage nach dem Wesen des Rechts irrelevant. Im Gesetzesbefehl, den der Gesetzgeber erteilt, steckt notwendig auch die Kenntnisnahme des Gesetzesinhaltes, gleichgültig, ob ein konkreter Rechtsgesetzgeber ihn das erste Mal gedacht oder ihn bloß rezipiert hat.

Aus dieser Wurzel entspringen Labands weitere Theorien, die notwendig falsche Resultate ergeben. So vor allem der merk-

[1]) Übertragen wir das Dargestellte in die objektive Sphäre, so ergibt sich jene Sachlage, die Husserl unter dem Titel: Theoretische Disziplinen als Fundamente normativer, Prolegomena S. 40, schildert.

[2]) Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, II., S. 4.

Digitized by Google

würdige Gedanke der Aufteilung dee Aktss unter verschiedene Personen. »Es ist möglich, daß für die Feststellung des Gesetzesinhaltes andere Vorschriften bestehen und daß dabei andere Kräfte mitwirken, wie für die Erteilung des Gesetzesbefehles. Alsdann wird die Unterscheidung beider Momente von großer theoretischer und praktischer Wichtigkeit.« Ein »mehrstufiger« komplexer Akt kann seinem Wesen nach nicht geteilt werden, so daß der fundierende Akt von einer, der fundierte von einer andern Person vollzogen wird. Hierin liegt der Fehler der Theorie Labands, wonach das Parlament den Gesetzesinhalt feststellt, während der Monarch den Gesetzesbefehl erteilt, welche Theorie bereits von Kelsen von anderer Seite her widerlegt wurde[1]).

Der rechterfassende Akt aber läßt sich nicht mehr weiter zerlegen; er ist ein „einstufiger" Akt, in ihm ist keine Stellungnahme vorhanden. Denn das Erfassen des Rechtes bedeutet, wie wir mit voller Evidenz erkennen, eine Kenntnisnahme. Das in ihm Gemeinte ist jenes theoretische Fundament, auf welches der Gesetzgeber seine Norm stützt.

Wir haben es aber allein mit dem rechterfassenden Akt zu tun, denn er ist es, in dem sich Recht konstituiert. Ihn können wir nicht als Wollen ansehen, weil er kein mehrstufiger Akt ist.

Auch das zweite Kriterium des Wollens, die Ergänzungsbedürftigkeit fehlt. Wir erfassen Recht als Recht, ohne erst darauf hinblicken zu müssen, ob und von wem es gewollt ist. Die Aussagen über rechtliche Gegenstände, die Rechtssätze, sind nicht ergänzungsbedürftig. Ein Satz wie: wer ein Darlehen empfangen hat, soll es zurückgeben, sonst soll Exekution gegen ihn geführt werden, ist in sich abgeschlossen, selbständig, enthält alle notwendigen Bestandteile.

Und unzulässig ist auch der Einwand, es verhalte sich gar nicht so, wie wir hier geschildert haben, sondern der rechterfassende Akt richte sich auf das im rechtsetzenden Akt Erzeugte. Unsere Frage gilt der Konstitution des Rechtes; daß es möglich ist zu erkennen, was ein anderer gewollt hat, gehört nicht in unseren Problemkreis, denn ein Zweck kann sich nur in einem Wollen konstituieren, das theoretische Erfassen fremden Zwecks

[1]) Hauptprobleme, S. 412 ff.

Digitized by Google

ist bloß sekundär und setzt voraus, daß der Zweck sich bereits konstituiert hat.

Wir sind damit auf von Juristen viel begangenen Wegen angelangt. Wir befinden uns schon mitten im Streit um die Imperativtheorie und haben die wesentlichen Argumente zu ihrer Widerlegung bereits gefunden. Die Imperativtheorie ist ja die wichtigste Vertreterin der Willenstheorie. So wie die Willenstheorie nicht zwischen Wollen und Gewolltem, so scheidet auch die Imperativtheorie nicht zwischen Befehl und Befohlenem.

Ihre Gegner leugnen, daß es sich im Recht um Imperative handle, es handle sich vielmehr um Urteile[1]). Wir stehen hier in einer uralten logischen Streitfrage. Der Streit geht darum, ob Wunsch-, Frage-, Befehlssätze usw., also Stellungnahmen, Urteile sind oder eine besondere Gruppe neben den Urteilen beanspruchen dürfen.

Was ist nun ein Urteil beziehungsweise ein Urteilsakt?

Wir müssen zwei verschiedene Begriffe auseinanderhalten, das Wort Urteil ist nicht eindeutig.

Urteil bedeutet so viel wie Aussage, ausdrückender Akt (und wenn man Urteil von Begriff trennen will; mehrgliedriger ausdrückender Akt). In diesem Sinn sind auch die Imperative Urteile, wenn sie zum Ausdruck gebracht in Sätze gefaßt werden. aber auch nur dann. Dies gilt in gleicher Weise für Befehl und Befohlenes. Zu scheiden sind eben die Wunsch- usw. Akte selbst und jene Akte, in welchen sie zum Ausdruck gebracht werden. In diesem Sinn ist auch die Psychologie eine Lehre von Urteilen, von solchen nämlich, in welchen Elebnisse zum Ausdruck gebracht werden.

In diesem Sinn hat Husserl in der Sechsten logischen Untersuchung den alten Streit entscheiden wollen. Seine Lösung lautete dahin, daß auch Frage-, Wunschsätze usw. Aussagen sind, also Urteile, die sich von den andern Urteilen nur dadurch unter-

[1]) Die Literatur ist fast unübersehbar; die bekanntesten Vertreter sind: Thon. Rechtsnorm, S. 1 ff. Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe, S. 258. Brodmann, Vom Stoffe des Rechts und seiner Struktur, S. 16 ff. Gegner sind: Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 201 ff. und vor allem Kelsen, Hauptprobleme, S. 202 ff. Eine Mittelstellung nimmt Hold, Rechtswidrigkeit, S. 158 ff. ein.

Digitized by Google

scheiden, daß bei ihnen über Akte des Fragens usw. geurteilt wird. Wirklich vollzogene Akte also sind in dem letzteren Falle Gegenstände. Stellen wir Sätze, wie: Möge Gott uns beistehen und andererseits: ein Vogel fliegt auf, nebeneinander, so sehen wir, daß das eine Mal das Auffliegen des Vogels, das andere Mal das innerliche Erlebnis des Wunsches: Gott möge uns beistehen, der Gegenstand ist, über den ausgesagt wird.

Die Auffassung des Rechtsäktes als eines Imperativs führt somit in gerader Linie zum Empirismus. Es wird notwendig, bestimmte Naturtatsachen aufzuweisen, mit denen die Rechtssätze übereinstimmen müssen. Denn sie sagen über menschliche Erlebnisse — und das sind Naturtatsachen — aus.

So bestimmt Bierling z. B. ganz richtig: »Das Urteil ist immer Ausdruck einer Überzeugung, eines Wissens von etwas, der Imperativ dagegen Ausdruck eines Willens..... Er drückt also nur den Willensinhalt aus. Und eben darum kann zwar sehr wohl gefragt werden, ob es wahr sei, daß jemand dasjenige will, was Inhalt eines Imperativs sei, niemals aber, ob dieser Imparativ wahr sei. Bezüglich des Imperativs kann nur die Frage sein: Entspricht derselbe dem Willen des Subjekts, das ihn ausspricht.....«[1]) Nach dieser richtigen Bestimmung des Imperativs ist es umso merkwürdiger, wieso Bierling zur Behauptung kommen kann, daß die Rechtssätze Imperative seien. Verständlich wird es nur dadurch, daß der Wille über den ausgesagt wird, kein psychologischer, sondern ein juristischer, d. h. überhaupt kein wirklicher Wille ist. Damit ist aber die Auffassung des Rechtssatzes als eines Imperatives unmöglich gemacht, denn nur solange es sich um psychologischen Willen handelt, kann man von Imperativen sprechen.

Vergegenwärtigen wir uns in voller Klarheit den Vollzug des Rechtsaktes, urteilen wir also z. B.: Wer ein Darlehen genommen hat, soll es bei Exekution zurückerstatten oder: Wer Eigentum verletzt, soll Schadenersatz leisten; sicherlich sind wir hier nicht Erlebnissen zugewendet, sondern wir urteilen über einen Sachverhalt. Das beweisen auch Modifikationen, die etwa lauten: Es ist gerecht oder es ist rechtmäßig, daß ein Darlehen zurückgezahlt werde usw.

[1]) Kritik der juristischen Grundbegriffe, S. 288.

Digitized by Google

Im zweiten Sinne ist Urteil gleichbedeutend mit Kenntnisnahme, gleichgültig, ob sie ausgedrückt wird oder nicht; die Ausdruckssphäre kommt dabei überhaupt nicht in Betracht. Urteilsakte sind hier »einstufige Akte«, solche, die keiner Fundierung bedürftig sind, sondern selbst die Unterlage für alle fundierten Akte bilden, Vorstellungen im Sinne Franz Brentanos. Hier werden Fragen, Wünsche usw. aus dem Bereiche des Urteils ausgeschieden.

Auch in diesem Sinne müssen wir die Rechtsakte nach unseren früheren Ausführungen als Urteile ansehen.

Der Rechtsakt ist also ein eine Kenntnisnahme ausdrückender Akt, der Rechtssatz in doppeltem Sinne als Aussage und ausgedrückte Kenntnisnahme, ein Urteil.

Selbstverständlich ist diese Bestimmung des Urteils nur sehr dürftig, aber ein ausführliches Eingehen auf die »arg vieldeutige« Urteilstheorie würde die Grenzen dieser Arbeit weit überschreiten. Nur ein naheliegendes Bedenken wollen wir abweisen: nach herrschender Meinung ist das Urteil Behauptung, wird also charakterisiert durch seinen Anspruch auf Wahrheit[1]); so müssen auch Rechtssätze auf ihre Wahrheit geprüft werden können; worin aber liegt ihre Wahrheit? Wahrheit ist die Übereinstimmung des Urteils (der Aussage) mit seinem Gegenstand. Ein Rechtssatz ist also wahr, wenn er mit seinem Gegenstand übereinstimmt. Die nähere Bestimmung des rechtlichen Gegenstandes wird dies deutlicher machen[2]).

Bevor wir uns nunmehr der zweiten Reihe der Mißdeutungen zuwenden, wollen wir noch die Ausführungen des bedeutendsten modernen Vertreters der Willenstheorie, Stammlers, einer Kritik unterziehen.

Stammler sieht das Problem der reinen Rechtslehre mit voller Klarheit; er will die Wesensgesetzlichkeit des Rechtes erkennen. Die reine Rechtslehre »hat das zu geben, was sich in rechtlichen Erörterungen mit unbedingter Allgemeingültigkeit aufstellen läßt. ..... Es gilt, der begründeten Forderung nachzukommen: daß man alle Besonderheiten rechtlicher Fragen in der

[1]) Vgl. Pfänder, Logik, Jahrb. f. Philos. u. phän. Forschung, Bd. IV, S. 219 ff.
[2]) Vgl. VI. Abschnitt: Die Scheidung von Rechtsnorm und Rechtssatz.

Digitized by Google

Art ihrer Bestimmtheit durch den Gedanken des Rechtes einsieht«. So heißt es in seinem reifsten und bedeutendsten Werke. [1])

Stammlers Methode ist ursprünglich durchaus nicht weit entfernt von der phänomenologischen. Denn auch er geht bei der Bestimmung des Rechtsbegriffes von Akten aus. »Die oberste Unterscheidung, von der ausgegangen werden muß, ist die von Wahrnehmen und Wollen..... Wie immer aber jemand den Gedanken des Wollens angeben möge, er wird stets verschiedene Arten festzustellen haben, in denen es sich äußert. Als eine dieser Arten des Wollens erscheint das Recht [2]).«

Schon an dieser Stelle beginnen sich Zweifel zu regen: Ist hier unter Wollen wirklich der Akt des Wollens und nicht vielleicht der Gegenstand des Aktes gemeint? Freilich ist nur der Phänomenologe zu solcher Fragestellung geneigt, wir werden aber sehen, daß der Mangel dieser Unterscheidung der Grundfehler des Stammlerschen Systems ist. Zunächst sieht es nun danach aus, als meinte Stammler, wenn wir seine Ausführungen in die Sprache der Phänomenologie übersetzen, daß das Recht sich in einem Akt des Wollens konstituiere, daß der Gegenstand des Rechtsaktes also Gewolltes ist. Denn bald wird die vorgenommene Unterscheidung der Akte auch auf die Gegenstände erstreckt. »Neben dem Reich der Wahrnehmungen besteht das Reich der Zwecke..... Es bedeutet also das Wollen eine einheitlich abgegrenzte Klasse unseres Bewußtseinsinhaltes. Dieser hat dabei die Eigentümlichkeit, daß er den Gegenstand als einen zu bewirkenden vorstellt, im Gegensatz zu einem werdenden [3])« »In dem Gedanken meines Wollens liegt gerade das Element, daß der fragliche Gegenstand von mir zu bewirken ist, unzertrennlich gegeben [4]).« So wird richtig zwischen dem Ordnen der Zweckinhalte und der Wahrnehmungen geschieden und in diesem Sinne auch der Plan einer Zweckwissenschaft entworfen. »Zweckwissenschaft ist die unbedingt einheitliche Erfassung und Ordnung der Zweckinhalte [5]).«

---

[1]) Theorie der Rechtswissenschaft, S. 3.
[2]) a. a. O., S. 43.
[3]) a. a. O., S. 49 f.
[4]) a. a. O., S. 51.
[5]) a. a. O., S. 58.

Digitized by Google

Nun aber nähern wir uns dem Wendepunkt. Wir hören noch: »Wenn jemand einen rechtlichen Anspruch erhebt, so nimmt er nicht etwa wahr, sondern will etwas; wer einen Rechtssatz erläßt, der behauptet nicht eine Tatsache der Erfahrung, er verfolgt Zwecke; und falls wir den Inhalt einer Rechtsordnung betrachten, so sehen wir nicht körperliche Erscheinungen der Natur, sondern einen Inhalt von menschlichen Wollen[1].« Von nun an aber verläßt Stammler den Standpunkt, daß das Recht Zwecke darstelle; er spricht vielmehr es deutlich aus: »Das Recht ist nicht ein Geschöpf eines besonders gearteten Wollens, sondern es ist dieses eigenartige Wollen selbst[2].«

Damit hat Stammler die phänomenologische Einstellung verlassen und ist in die natürliche zurückgekehrt. Damit ist aber auch der Gedanke der Zweckwissenschaft überflüssig geworden. Eine Wissenschaft vom menschlichen Wollen ist eine Naturwissenschaft (im weiten Sinn, der auch die Lehren von der Gesellschaft umgreift); diese Konsequenz hat Stammler freilich nicht gezogen, immer schwankt nun seine Auffassung zwischen dem Recht als Wollen und dem Recht als Gewolltem.

Das zeigt schon der Begriff des verbindenden Wollens, als welches Stammler das Recht näher bestimmt. »Ein verbindendes Wollen ist ein solches, das ein mehreres Wollen als Mittel für einander bestimmt. Das, was der eine will, nimmt zu seinem Mittel ein anderes Wollen, und diesem wird wieder jener erste Willensinhalt als Mittel gestellt..... Man kann es auch als den Gedanken einer Gemeinsamkeit des Wollens bezeichnen[3].« Das kann nur in dem Sinn verstanden werden, daß wir als außenstehende Beobachter diese Verkettung zweier Willen erkennen. Das Erkennen dieser Verkettung ist aber nicht selbst ein Wollen; die Verkettung kann dem einzelnen Wollen nicht angesehen werden, sie liegt nicht im Akte selbst, sondern wird ihm von außen angefügt. Daß das Wollen eines Menschen von einem andern als Mittel benützt wird, kann doch unmöglich als charakteristisch für das Wollen dieses ersteren Menschen behauptet werden; denn es liegt außerhalb dieses Wollens. Das ändert sich auch

[1]) a. a. O., S. 69.
[2]) a. a. O., S. 72.
[3]) a. a. O., S. 75.

Digitized by Google

nicht, wenn man dieses Wollen als hypothetisch ausgibt: Ich will, wenn du mein Wollen willst. Auch dann ist dieses hypothetische Wollen unabhängig davon, ob der andere es wirklich als Mittel will oder nicht.

Wir haben somit zweierlei Wollen vor uns, das nur in unserem Denken, nicht aber in unserem Wollen verbunden ist. Das Recht würde sich somit in Denkakten, nicht Willensakten konstituieren. Recht wäre daher nicht Gewolltes, nicht Zweck.

Aber mit dem eben entwickelten Gedankengang verschlingt sich ein anderer. »Immer ist der verbindende und der verbundene Willensinhalt systematisch zu unterscheiden, und die erste Voraussetzung für eine richtige Aufnahme der sozialen und juristischen Betrachtung ist die, daß nicht von den einzelnen verbundenen Willensinhalten ausgegangen wird, sondern von dem Wollen, das sie verbindet und über ihnen steht[1].« Das ist freilich etwas ganz Neues. Wir glaubten bisher, daß die Verbindung der beiden Wollen in unserem Denken stattfand, nun aber hören wir, daß es sich um eine Verbindung im Wollen handelt. Dann freilich sind die beiden Willen im Zwecke des verbindenden Willens enthalten, dann aber ist das Recht nicht mehr das Wollen selbst, sondern ein Zweck.

Während wir also bei dem ersten von Stammler aufgestellten Begriff dann von Recht zu sprechen haben, wenn wir die Vorstellung zweier in der angegebenen Art sich wechselseitig zum Mittel nehmenden Willen haben, ist Recht nach dem zweiten Begriff dann gegeben, wenn wir den Zweck verfolgen, daß zwei Menschen ihr Wollen wechselseitig als Mittel gebrauchen oder wie wir wohl richtiger sagen müssen: gebrauchen sollen.

Wir haben also zwei gänzlich verschiedene Sachverhalte vor uns; das erstemal ist ein doppeltes, das zweite Mal ein dreifaches Wollen gefordert. Im ersten Sinn ist Recht ein Wollen, im zweiten Sinn ist es ein Zweck.

Wir wollen hier noch erwähnen, daß ein anderer Gedanke Stammlers dem sonst so scharfsinnigen Denker die Doppeldeutigkeit seines Rechtsbegriffes verhüllte: es ist nämlich einer der grundlegenden Gedanken Stammlers, daß die Ordnung die wissenschaftliche Erfassung von Willensinhalten nur selbst

[1]) a. a. O., S. 79.

Digitized by Google

wieder durch ein Wollen, nicht aber durch das Denken ermöglicht werden könne [1]).

Wir glauben, daß das klare Aussprechen dieses Gedanken genügt, um seine Unrichtigkeit einsehen zu lassen; die Einheit der Wissenschaft wäre dadurch überhaupt aufgehoben.

Der Gedanke des doppelten Wollens findet sich übrigens in derselben etwas unklaren Weise bereits bei Puchta [2]).

V.

Unrichtige Analysen des Rechtssatzes. 2. Reihe.

A. Der Empirismus.

Wir haben den Fehler des Empirismus bereits angedeutet: es handelt sich um die Vermengung von Gegenstand und Anschauung. Gegenstand und Anschauung können aber nur dann zusammenfallen, wenn die Anschauung selbst zum Gegenstande wird und dies ist nur der Fall in der empirischen Naturwissenschaft, der Erfahrungswissenschaft. Wir können dementsprechend zwischen realen und irrealen Gegenständen unterscheiden. Für den Empiristen aber sind alle Gegenstände Naturtatsachen, alle Wissenschaft daher Erfahrungswissenschaft; nur aus den Tatsachen lassen sich die Gesetze entnehmen.

Den Glauben an den Empirismus als allgemeines wissenschaftliches Prinzip hat Husserl wohl für immer unmöglich gemacht [3]). Wir verweisen hier nur auf das entscheidende Gegenargument, die Zahlen, die Gegenstände der Mathematik können niemals empiristisch mißdeutet werden, sie sind in der Erfahrung, im Faktischen niemals aufzufinden. Die »synthetischen Sätze a priori« können nicht aus der Erfahrung stammen, ihre apodiktische Notwendigkeit muß aus anderer Quelle fließen.

So ist, wie der Sensualismus durch Kant, der Empirismus, eine Neuauflage des Sensualismus, durch Husserl widerlegt worden.

Das Bestreben des rechtswissenschaftlichen Empirismus ist es nun, die rechtlichen Gegenstände als Naturtatsachen zu begreifen,

---

[1]) Vgl. z. B. S. 92.

[2]) Institutionen, S. 11.

[3]) Ideen, §§ 18—26.

Digitized by Google

sie als anschaulich gegeben aufzuweisen; die Gesetze des Rechtes müssen daher aus der Erfahrung abgeleitet werden; im Rechte gilt das Kausalitätsgesetz, die Rechtstatsachen können entstehen und vergehen, sie müssen auch der schlichten Wahrnehmung zugänglich sein. Wir sehen, wie von hier aus die Verbindungslinie zu der rechtlichen Vorstellungstheorie, der ersten der angeführten falschen Aktanalysen läuft.

Wir müssen aber an dieser Stelle eine wichtige Unterscheidung vornehmen: Der Ausdruck Recht ist äquivok. Es sind darunter zwei ganz verschiedene Gegenstände gemeint. Das eine Mal sind es bestimmte Tatsachen des sozialen Lebens, z. B. — ganz unpräzis gefaßt — daß Menschen in Streit geraten und diesen Streit auf irgend eine Weise lösen oder daß sich bestimmte, gleichbleibende Züge des sozialen Verkehres feststellen lassen; das anderemal sind es die Gesetze, Regeln, nach denen beim Vorliegen bestimmter Tatsachen andere Tatsachen eintreten sollen.

Der Gegensatz dieser beiden Begriffe ist nicht unbemerkt geblieben. Jellinek hat bereits eine Trennung der sozialen Staatslehre und Staatsrechtslehre vorgenommen, sein Schüler Kistiakowski[1]) die »Zweiseitentheorie« des Staates weiter ausgebaut. Beide glauben jedoch, daß es sich um dasselbe zu bearbeitende Objekt und um einen Gegensatz in der Methode der Erfassung des Objektes handelt. Wir müssen dies in der von uns verwendeten Terminologie schärfer so ausdrücken, daß es sich um verschiedene Gegenstände handelt (nicht etwa bloß um verschiedene Bedeutungen mit gleichem Gegenstande), es mag allerdings vorkommen, daß diese verschiedenen Gegenstände sich in derselben Anschauung erfüllen, daß also z. B. dieselben Menschen einen Staat in soziologischem sowie juristischem Sinne verkörpern.

Hierher gehört auch die eigenartige Einteilung des Rechtes bei Merkel[2]) in das Recht als Lehre und als Macht. Darunter verbirgt sich der von uns dargelegte Gegensatz.

Solange der erste oben aufgestellte Rechtsbegriff richtig und konsequent verwendet wird, ist gegen ihn nichts einzuwenden, er führt zur Begründung der Rechtssoziologie, einer Naturwissen-

[1]) Gesellschaft und Einzelwesen.

[2]) Enzyklopädie, §§ 24—59.

Digitized by Google

schaft. Richtige Verwendung aber bedeutet Verwendung innerhalb seiner Grenzen, jede Grenzüberschreitung muß energisch abgewehrt werden.

Dieser Rechtsempirismus ist also durchaus berechtigt. Es handelt sich ihm um die Beziehung von Fakten, um zeitliche Ereignisse. Es kann z. B. die Frage gestellt werden: Wird eine Geldsumme, die jemand einem anderen zur freien Verwendung für eine bestimmte Zeit überlassen hat, nach dieser Zeit zurückgegeben und unter welchen Modalitäten vollziehen sich diese Vorgänge? Hierbei wird aus einer Reihe von Beobachtungen ein Gesetz formuliert, dieses Gesetz aber kann nie streng, exakt sein, denn es kann immer wieder durch neue Beobachtungen entkräftet und an seiner Stelle ein neues aufgestellt werden. Darin aber liegt das Wesen eines Naturgesetzes.

Ganz anders der Charakter der Rechtsregel oder wie wir von nun an sagen wollen: der Rechtsnorm (denn der Ausdruck Regel kann auch Naturgesetz umfassen; die Probleme der normativen Methode sollen aber mit der Rezeption des Ausdruckes Norm nicht mitrezipiert werden). Die Rechtsnorm ist ein exaktes Gesetz, sie steht nicht auf einer Stufe mit den Gesetzen der Naturwissenschaft, sondern mit den Gesetzen der Mathematik. Versteht man unter synthetischen Sätzen a priori nichts anderes als Sätze mit dem Charakter apodiktischer Notwendigkeit, so können die Rechtssätze mit vollem Rechte als synthetische Sätze a priori bezeichnet werden. Die Rechtsnorm kennt keine Ausnahme und kann nicht durch eine neue Beobachtung widerlegt werden; Erscheinungen aus der Sphäre der Erfahrung reichen an sie überhaupt nicht heran. Darin besteht ihre Wesensgleichheit mit dem mathematischen Gesetze, und Cohens Wort, die Jurisprudenz sei die Mathematik der Geisteswissenschaften, erhält neuen Sinn.

Es darf diese Sachlage nicht mit der gänzlich anders gearteten verwechselt werden, daß eine »geltende« positive Rechtsnorm aufgehoben wird. Eine solche Aufhebung darf nicht mit der Verwerfung eines bisher als richtig angesehenen Naturgesetzes in eine Reihe gestellt werden. Die Anwendung eines aufgegebenen Naturgesetzes ist sinnlos; die Anwendung einer aufgehobenen Rechtsnorm mag belanglos, aber nicht sinnlos

Digitized by Google

erscheinen, der tiefgreifende Unterschied gegenüber dem Naturgesetz ist evident. Das neue Naturgesetz ist an die Stelle des alten getreten, es füllt die Stelle des alten vollständig aus, die neue Rechtsnorm hat mit der alten überhaupt nichts zu tun, der Raum der alten braucht nicht neu erfüllt zu werden.

Indem wir das Wesen der Rechtsnorm als exaktes Gesetz erkennen, wenden wir uns endgültig vom Empirismus ab. Es handelt sich uns, ohne daß wir dabei die Bedeutung der soziologischen Rechtslehre verkennen, um eine rein dogmatische Rechtslehre. Wir werden nun sehen, daß der Empirismus ständig in das ihm fremde Gebiet der dogmatischen Rechtslehre übergreift. Nicht nur die Auffassung des Rechtes überhaupt ist empiristisch, sondern jeder einzelne Rechtsbegriff wird empiristisch mißdeutet. An die Stelle der Begriffe der dogmatischen Rechtslehre werden die Fakten der sozialen Rechtslehre gesetzt. Wir werden bei jeder einzelnen Spezialuntersuchung auf diese methodische Verirrung stoßen und immer von neuem die Empirismen entfernen müssen, bevor wir den dogmatisch-juristischen Kern des Begriffes bloßlegen können. Denn unglücklicherweise ist nicht nur der Begriff des Rechtes selbst, sondern auch jeder einzelne Rechtsbegriff äquivok, so daß er eine Deutung in dogmatisch-juristischem sowohl als in soziologisch-juristischem Sinne zuläßt. Die Erklärung des soziologischen Sinnes ist daher noch durchaus keine Erklärung des dogmatischen Sinnes, wie es die empiristische Lehre glauben machen will.

In großen Zügen haben wir nun zu zeigen, inwieweit sich in den herrschenden Rechtstheorien empiristische Elemente finden. Wir werden sehen, daß auch scheinbar einander feindliche Theorien nur Variationen des empiristischen Grundthemas und daher für die dogmatische Rechtslehre ohne Bedeutung sind.

Wir stellen dabei an die Spitze eine Bemerkung Tuhrs[1], die ungemein charakteristisch die eigentümliche Zwitterstellung zeigt, in der sich die Rechtsnormen nach empiristischer Auffassung befinden. Er sagt: »Während auf diesen Gebieten (nämlich der Wissenschaft) die Begriffe nur Erkenntniswert haben, kommt den vom Recht aufgestellten Begriffen reale Bedeutung, vis ac potestas zu.«

[1]) Allgemeiner Teil des B. G. B. I., S. 7.

Digitized by Google

Wir wiederholen demgegenüber nochmals, daß von einem Begriff (sei es im Sinne von Gegenstand oder Bedeutung, denn hier ist die Äquivokation unschädlich) niemals eine Kraft ausgehen kann; der Begriff erscheint nicht in der Kausalkette, sondern nur die Tatsache.

Wie selbstverständlich aber dem Juristen diese Auffassung des Rechtes als etwas Faktischen, Anschaulichen ist, lesen wir z. B. bei Windscheid[1]). Ich setze nur eine Stelle des außerordentlich charakteristischen Vergleiches wegen her: »Es ergeht vielen, wo nicht den meisten, mit dem Recht, wie es uns mit den ersten Gütern des physischen Lebens zu ergehen pflegt. Wir atmen die Luft, das Wasser löscht unseren Durst, wenn wir hungern, letzt uns das Brot; aber wie oft nehmen wir Luft und Wasser und Brot anders als gleichgültig hin. . . . . Ist es nicht auch so mit dem Rechte? Die Wohltaten des Rechtes genießen wir täglich und stündlich. Aber wie mancher bringt es sich zum Bewußtsein, wie groß es ist, . . . was er, was die Welt dem Rechte verdankt?«

Alle diese Lobpreisungen der Wohltaten und der Macht des Rechtes sind jedoch in der dogmatischen Jurisprudenz ganz ebenso unangebracht, wie die Schilderungen der Allmacht des Staates[2]).

Die Wurzeln dieser Auffassung liegen in der Kant-Hegelschen Rechtsphilosophie. Diese und ihr folgend fast die gesamte moderne Jurisprudenz sind von einem Bilde fast vollständig beherrscht, nämlich von einer naiv-anschaulichen Vorstellung des Mein und Dein[3]). Das Recht zerlegt nach dieser Auffassung die ganze Welt in einzelne Kreise, in deren Zentrum sich »die Person» befindet. Daraus wird alles Weitere abgeleitet. Man denke an die Kantsche Definition des Rechtes: »Die Beschränkung meiner Freiheit oder Willkür, daß sie mit jedermanns Willkür nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann.« Das Recht gibt nur Grenzen, es trennt die Kreise. Daher ist alles »Recht nur eine Erlaubnis oder Befugnis« (Hegel, Rechtsphilosophie, § 38.) »Es gibt daher nur Rechtsverbote und die

[1]) Recht und Rechtswissenschaft, Rede. Greifswald 1854.

[2]) Vgl. Sander, Alte und neue Staatslehre. Zeitschr. f. öffentl. Recht 1921, S. 197 ff.

[3]) Absichtlich wird die Darstellung etwas überschärft; tatsächlich hat die Kant-Hegelsche Rechtsphilosophie in dieser Gestalt gewirkt.

Digitized by Google

positive Form von Rechtsgeboten hat ihrem letzten Inhalt nach das Verbot zugrunde liegen.« (Hegel, ebenda.) Daher auch die überragende Bedeutung des Sachenrechtes. Das Eigentum (Mein und Dein) tritt in den Vordergrund. Das Recht besteht im Genusse. Der Vertrag ist wesentlich Veräußerungsvertrag. Es wird durch ihn ein Stück der eigenen Rechtssphäre, des eigenen Rechtskreises an eine andere Person abgetreten (Hegel, § 72 f). Nur um den Wechsel des Eigentums der verschiedenen Kreise zu erklären, wird der Vertragsbegriff herangezogen. Daher ist auch die Dienstmiete Veräußerung usw.

Vollständig erklärt sich so die Auffassung des Unrechtes. Unrecht ist alles das, was in die fremde Rechtssphäre eingreift, gleichgültig, ob es Rechtsfolgen hat oder nicht. Die Definitionen des Unrechtes bis in die modernste Zeit werden immer mit Zuhilfenahme dieses Bildes gegeben. Das Überschreiten der trennenden Rechtsschranke ist Unrecht.

So verstehen wir auch die bekannte Behauptung Hegels, daß durch das »Negieren seiner Negation sich das Recht wieder herstelle« (Hegel, § 82). Die Verkleinerung des Kreises, die das Unrecht bewirkt hat, wird durch die Beseitigung des Unrechtes wieder rückgängig gemacht. Die Rechtsschranke wird an der früheren Stelle wieder aufgerichtet und somit ist alles wie vor der Rechtsverletzung. Das Unrecht liegt nach dieser Auffassung außerhalb des Rechtes, woraus allein schon ihre Unzulänglichkeit klar ersichtlich wird.

In ganz denselben Gedankenbahnen bewegt sich Savigny: »Der Mensch steht inmitten der äußeren Welt und das wichtigste Element in dieser seiner Umgebung ist ihm die Berührung mit denen, die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung. Sollen nun in solcher Berührung freie Wesen nebeneinander bestehen, sich gegenseitig fördernd nicht hemmend in ihrer Entwicklung, so ist dieses nur möglich durch Anerkennung einer unsichtbaren Grenze, innerhalb welcher das Dasein und die Wirksamkeit jedes einzelnen einen sichern, freien Raum gewinnt. Die Regel, wodurch jene Grenze und durch sie dieser freie Raum bestimmt wird, ist das Recht[1].«

[1]) System I, S. 33, vgl. noch S. 37 und 333; ähnlich auch bei Puchta und bei Neueren z. B. Merkl, Enzyklopädie.

Digitized by Google

Diese Sachlage hat Hold[1]) sehr gut geschildert: »Die Person erscheint als das Zentrum einer ‚Rechtssphäre', der gleichsam räumliche Ausdehnung zugeschrieben wird. Wie Mephisto mit seinem Degen den Kreis beschreibt, dessen Peripherie niemand überschreiten darf, so zieht das Recht um den Menschen einen ‚Rechtskreis'. Wer immer über die Grenze tritt, verstößt gegen dieses Recht.«

Aber leider hat sich Hold in diesem Werke vom Empirismus nicht loslösen können; er hat vielmehr mit ganz besonderer Schärfe und Konsequenz empiristische Thesen verteidigt. Insbesondere vertritt er die so häufig vorkommende These von der motivierenden Kraft des Rechtes. Allein diese These, wie überhaupt jede Behauptung über die Wirkungen des Rechtes muß aus der dogmatischen Rechtslehre ausgeschaltet werden. Kausalität hat mit dem Rechte nichts zu tun; kausale Wirkungen können nur Tatsachen haben, nur sie können Ursachen sein; Rechtsnormen sind keine Tatsachen. So gehört derselben Art von Behauptungen auch an, daß das Recht die Lebensbedingungen der Gesellschaft sichert. Denn auch Sicherung ist eine Wirkung.

Dasselbe gilt für die teleologische Betrachtung des Rechtes; nur wenn das Recht im Kausalprozeß steht, kann es als Mittel angesehen werden. Teleologie ist die Umkehrung der Kausalität[2]). Und ebenso steht es mit den Untersuchungen über Werden und Vergehen des Rechtes: das Recht sei ein »Naturprodukt«, wie Bekker, oder ein »soziales Produkt«, wie Hold meint. Werden und Vergehen aber spielt sich in der Zeit ab und die Rechtsnormen haben keine Stelle in der Zeitlichkeit, der Realität; auch Produkt setzt einen Produktionsprozeß voraus, also ein Werden in der Zeit.

Es scheint eine eigentümliche Schwäche der Juristen zu sein, daß sie dem eigenen Denken nicht vertrauen, sondern nur der Anschauung. So verwenden sie bildliche Redeweisen nicht, um die Plastik der Darstellung zu erhöhen, sondern das Bild wird ganz »wörtlich« genommen, es erhält selbst Erkenntniswert, mit Hilfe von Bildern sollen die schweren Probleme des juristischen

---

[1]) Die Rechtswidrigkeit, S. 211.

[2]) Vgl. Kelsen, Hauptprobleme, S. 57 ff.

Digitized by Google

Denkens gelöst werden. Wir werden diese »Bilderjurisprudenz« in fast jeder Spezialuntersuchung antreffen.

Aufs engste verwandt mit dem Empirismus, eigentlich nur eine Abart desselben, ist der Psychologismus. Wir sahen, daß sein Fehler die Verwechslung von Urteilsinhalt (Gegenstand des Urteilsaktes) mit den realen Vorgängen der Fällung der Urteile (Anschauung) ist. Diese Verwechslung ist jedoch nicht nur bei den Urteilsakten, sondern auch bei den Willensakten möglich, wie wir an den unklaren Behauptungen der rechtlichen Willenstheorie sahen. Das menschliche Wollen, Wünschen tritt an die Stelle der Zwecke, Wunschinhalte [1]). Daß es aber nicht möglich ist, dort, wo wir vom Recht — immer im Sinn der dogmatischen Rechtslehre — sprechen, ein menschliches Wollen aufzuweisen, haben Kelsens Kritiken gezeigt, auf die wir uns berufen können, ohne noch etwas hinzufügen zu müssen. Es gilt genau dasselbe wie bei der Imperativtheorie, die ja nur eine spezielle Willenstheorie ist.

Die eigentümliche Überschätzung der Realität auf Kosten der Begriffswelt findet im Schloßmanns Werk [2]) einen geradezu paradoxen Ausdruck. Schloßmann behauptet nämlich, man müsse, bevor man ein Ding definiere, erst fragen, ob dem zu definierenden Dinge auch Realität zukommt. Der Gedanke Schloßmanns ist dem Zirkel der Induktion verwandt. Gerade das umgekehrte ist richtig. Denn in welcher Weise soll das »Ding« erfaßt werden, wenn nicht durch Definition (d. i. begriffliche Bestimmung)? Erst wenn wir wissen, um was für ein Ding es sich handelt, unser Denken also — begrifflich — das Ding aufgenommen hat, kann die Frage nach seiner Realität gestellt werden.

Schloßmann ist aber nicht nur Anhänger des Empirismus, sondern auch des Nominalismus; eine Verbindung, die in der allgemeinen Philosophie durchaus nicht selten ist [3]). Die Rechtsbegriffe sind im Namen, bloße terminologische Hilfsmittel. Nur die Realität aber ist, wie Schloßmann und alle anderen Empi-

[1]) Vgl. Emge: Das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus und meine Kritik dieser Arbeit in der Zeitschr. f. öffentl. Recht, II. Bd., S. 732 ff.

[2]) Vertrag S. 246.

[3]) Die Widerlegung des Nominalismus findet sich in Husserls Zweiter Logischer Untersuchung.

Digitized by Google

risten meinen, ein der Behandlung durch eine Wissenschaft würdiger Gegenstand; und da doch die Jurisprudenz unzweifelhaft eine Wissenschaft ist, so muß, koste es, was es wolle, auch für sie eine Realität aufgewiesen werden. Und so landet schließlich auch Schloßmann in der Psychologie als der rechtlichen Realität; psychologische Vorgänge — wann nämlich der Urteilende motiviert wird, das Vorhandensein einer Pflicht anzunehmen — bilden den Gegenstand der Rechtswissenschaft.

Endlich müssen wir noch des Versuches Sanders[1]) gedenken; auf eine nähere Würdigung und Kritik können wir hier nicht eingehen.

Das Ziel, das sich Sander gestellt hat, ist nicht unseres, denn er will eine, freilich mit allen Mitteln neukantianischer Erkenntnistheorie begründete Theorie der Rechtserfahrung aufstellen und so dürfen wir ihn an dieser Stelle nennen, um so mehr, als er der Ansicht ist, durch die Theorie der Rechtserfahrung die Rechtslogik überwunden zu haben.

VI.

Unrichtige Analysen des Rechtsaktes. 2. Reihe.

B. Vermengung von Gegenstand und Bedeutung.

Daß der Gegenstand eines Aktes etwas anderes ist, als die Bedeutung, in die der Gegenstand gefaßt wird, wurde schon oben, vor allem aus der Möglichkeit äquivalenter Bedeutungen dargetan. Das Verständnis der Bedeutung ist auch noch kein Verständnis des Gegenstandes, sondern nur einer Seite desselben[2]).

Die Lehre von der Gesetzlichkeit der Bedeutungen hat Husserl in der Vierten logischen Untersuchung: »Der Unterschied der selbständigen und unselbständigen Bedeutungen und die Idee der reinen Grammatik« behandelt.

[1]) »Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung« in der Zeitschr. f. öffentl. Recht 1920 und die folgenden Aufsätze in derselben Zeitschrift.

[2]) Das Verständnis der Bedeutung scheint mir zu einem großen Teile zusammenzufallen mit dem, was Hildebrandt als Wissen zur Kenntnisnahme in Gegensatz stellt. »Im Wissen halten wir die Sachverhalte nur ganz von außen fest, ohne bis in die Fundamente eindringen zu können . . .« Wir sagen: »Ja, ich weiß, daß dies und dies vorgefallen, du hast es mir gesagt, aber ich kann es noch nicht klar erfassen.«

Digitized by Google

Ganz kurz zusammengefaßt handelt es sich in dieser um folgendes: selbständige Bedeutungen sind solche, die für sich bedeutsam sind, unselbständige solche, die ergänzungsbedürftig sind. Erstere sind also Ausdrücke wie: »der Begründer der Ethik«, überhaupt Nomina und Sätze, letztere Ausdrücke wie: »des Vaters«, »um nichtsdestoweniger« usw. Zusammenfassungen unselbständiger (synkategorematischer) Ausdrücke ergeben Unsinn, z. B.: »ein Mensch und ist«, was wohl zu unterscheiden ist vom Widersinn, z. B. »ein rundes Viereck«. Die Gesetze dieser Bildungen, der Satzbildung usw. ergeben die Gesetze einer reinen, apriorischen Grammatik. Unsinn ist dasjenige, was diesen Gesetzen widerspricht.

Die Gesetze der Selbständigkeit der Bedeutungen fallen nicht zusammen mit den Gesetzen der Selbständigkeit der Gegenstände. Selbständige Bedeutungen sind durchaus nicht immer Ausdrücke selbständiger Gegenstände und umgekehrt. So ist — um ein einfaches Beispiel aus dem Reiche der Natur zu geben — der Ausdruck: Farbe selbständig, nicht ergänzungsbedürftig, der Gegenstand: Farbe aber unselbständig, denn es gibt keine Farbe ohne Ausdehnung, jede Farbe muß sich über einen bestimmten Raum ausbreiten.

Eine Bedeutung, die einen selbständigen Gegenstand mit allen dazugehörigen Bestimmungen zum Ausdruck bringt, nennen wir eine vollständige Bedeutung.

Daß eine Rechtsnorm ein selbständiger Gegenstand ist, wird man wohl kaum bestreiten, wir streiften diese Frage schon bei der Untersuchung, ob der Rechtsakt ein stellungnehmender Akt sei, und haben dort festgestellt, daß keine Ergänzungsbedürftigkeit vorliegt.

Nun nimmt man in der Jurisprudenz mit Vorliebe den Standpunkt ein: das Recht besteht aus Rechtssätzen; aber der Ausdruck Rechtssatz wird dabei unklar gebraucht und umfaßt sowohl den Gegenstand, die Rechtsnorm, als die Bedeutung, in die die Rechtsnorm gefaßt wird, den Rechtssatz im engeren Sinn.

Nur in dem letzteren Sinn wollen wir den Ausdruck Rechtssatz verstehen. Ein Rechtssatz ist also der selbständige und vollständige Ausdruck einer Rechtsnorm: er ist selbständig, d. h. in keiner Hinsicht mehr ergänzungs-

Digitized by Google

bedürftig, wir verstehen ihn ohne jede Zuhilfenahme von anderen, als was im Rechtssatz selbst steht; er ist vollständig: er bringt den selbständigen Gegenstand Rechtsnorm mit allem, was in seinem Wesen liegt zum Ausdruck.

In diesem Sinn wird freilich Rechtssatz meist nicht gefaßt und hieraus erklären sich die endlosen und gänzlich überflüssigen Kontroversen über dieses Thema, die auf bloßem Mißverständnis beruhen.

Wenn z. B. Binding[1]), der Imperativtheorie vorwirft, daß sich nicht jeder Satz eines geltenden Rechtssystems »in einen Imperativ verbauen läßt«, so verkennt er das methodisch durchaus richtige Bestreben der Imperativtheorie, deren Ausführungen, insbesondere die Thons wir vollständig akzeptieren können, wenn wir an Stelle von Imperativ Rechtsnorm substituieren.

Das Recht besteht aus Rechtsnormen; auf diese muß sich alles Rechtliche zurückführen lassen; sie kommen in Rechtssätzen zu angemessenem Ausdruck. Versteht man unter Rechtssatz nicht den selbständigen und vollständigen Ausdruck einer Rechtsnorm, sondern einen Satz, der über irgend etwas Rechtliches aussagt, ohne ein vollständiger Ausdruck zu sein, dann freilich sind nicht nur die Rechtssätze in unserem Sinne »Rechtssätze«. Denn dieser »Rechtssatz«begriff ist umfanggrößer als der von uns aufgestellte, er schließt unsere Rechtssätze ein, geht aber weit über sie hinaus. Daß aber jeder Satz, der über Rechtliches aussagt, ein Rechtssatz ist, haben die Vertreter der Imperativtheorie und methodisch ähnlich Denkenden auch nie behauptet[2]).

Nur darum handelt es sich, die unvollständigen »Rechtssätze« in ihren richtigen Zusammenhang zu stellen, sie auf die vollständigen Rechtssätze zurückzuführen.

So muß es auch möglich sein, die Rechte, Gewährungen, Erlaubnisse usw. in die Rechtsnorm einzustellen, was sich auch wirklich, wie wir später sehen werden, nicht schwer bewerkstelligen läßt.

Wie so viele andere, hat auch Reinach diese Möglichkeit nicht eingesehen. Er glaubt, die Auffassung des Rechtssatzes als

[1]) Binding, »Die Normen«, S. 1.

[2]) Vgl. die vorzüglichen Ausführungen Brodmanns, Vom Stoffe des Rechtes und seiner Struktur, S. 20 ff.

Digitized by Google

eines hypothetischen Urteiles widerlegen zu können. »Schon der Blick auf den ersten Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches erweist diese Auffassung als unhaltbar. Der Satz ‚Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt', trägt ebensowenig hypothetischen Charakter, wie ‚Der Mensch ist sterblich' [1]).« Aber nicht jeder Paragraph ist ein Rechtssatz: »Es ist selbstverständlich, daß aus rein ästhetisch-stilistischen und auch aus anderen gesetzestechnischen Gründen die die Rechtspflicht statuierende ideale Norm mit allen ihren wesentlichen Bestandteilen auch im konkreten Gesetze nicht in einem einzigen Satze stilisiert, sondern hier in zahlreichen Sätzen verschiedener Struktur aufgelöst, ja sogar häufig auf zwei oder mehrere Gesetze verteilt erscheint. . . . Es wäre ganz und gar verfehlt, z. B. einen das Alter festsetzenden Satz, der an sich keinerlei Verpflichtung statuiert, so wie er in einem bestimmten Gesetz formuliert ist, einen Rechtssatz zu nennen [2]).«

Jene Auffassung also, die das Recht als einen Komplex von Rechtssätzen ansieht, ist zutreffend; sie wird erst unrichtig, wenn man die in der Sphäre der Bedeutungen richtige Behauptung, in die Sphäre der Gegenstände überträgt, also die Rechtssätze als Gegenstände der Rechtsakte bezeichnet. Dann allerdings erhält das Recht eine ganz besondere Stellung unter den Gegenständen, denn es werden die Sätze selbst zu Gegenständen, woraus sich eine Unzahl logischer Fragen ergibt.

Diese Probleme entfallen, wenn wir die Sachlage klar sehen: Rechtsnormen sind die Gegenstände des Rechtsaktes, Rechtssätze die Bedeutungen, in die sie gefaßt werden.

Nur wenige Autoren haben diese scharfe Scheidung vorgenommen. Zu ihnen gehört vor allem Kelsen: »Es wäre verfehlt, die Norm als solche mit irgend einer grammatischen Form zu identifizieren . . . . Die Norm als solche . . . ist überhaupt nicht an einen sprachlichen Ausdruck gebunden und kann, wenn sie in Worten erscheint, ebenso gut als Imperativ wie als Infinitiv, als Sollsatz oder als hypothetisches Urteil erscheinen [3]).«

Und sehr klar Eltzbacher: »Die Rechtsnormen treten uns

[1]) a. a. O., S. 119.

[2]) Kelsen, a. a. O., S. 238.

[3]) a. a. O., S. 70.

Digitized by Google

im allgemeinen nicht als geschlossene Ganze entgegen, sondern in einzelnen Rechtssätzen, also in Paragraphen und Artikeln und in den Absätzen und Sätzen, in die diese zerfallen. Die Rechtssätze sind die Bausteine, aus denen sich die kunstvollen Gebäude der Rechtsnormen zusammenfügen.« »Man pflegt die Verschiedenheit von Rechtsnorm und Rechtssatz nicht genügend zu beachten und beide unterschiedslos als Rechtssätze zu bezeichnen [1].«

Freilich hat Eltzbacher die Einheit der Rechtsnorm als Gegenstand nicht erfassen können. Er sagt: »Läßt sich eine Regel darüber aufstellen, was für Rechtssätze zu einer Rechtsnorm zusammenzufassen sind? Allerdings, und zwar auf Grund der Erkenntnis, daß die Rechtsnorm eine Norm ist, die erstens auf menschlichem Wollen beruht, zweitens bestimmt ist, der Befriedigung eines menschlichen Bedürfnisses zu dienen. Weil die Rechtsnorm eine Norm ist, die auf menschlichem Wollen beruht, deshalb bilden alle diejenigen Rechtssätze zusammen eine Rechtsnorm, die nicht für sich allein, sondern nur zusammen als Glieder eines Ganzen gewollt sein können. Weil die Rechtsnorm ein menschliches Bedürfnis befriedigen soll, deshalb bilden ferner alle diejenigen Rechtssätze zusammen eine Rechtsnorm, die nur in ihrer Gesamtheit dazu geeignet sind. Wenn wir aus den Rechtssätzen die Rechtsnormen aufbauen wollen, so müssen wir auf den Willen sehen, auf dem sie beruhen, und auf die Zwecke, denen sie zu dienen bestimmt sind.« [2])

Hier wird die Einheit der Rechtsnorm wieder in die Welt der Tatsachen verlegt; wir werden erst später sehen, welches die notwendigen Bestandteile einer Rechtsnorm sind, die es uns ermöglichen, sie als einheitlichen selbständigen Gegenstand zu erfassen.

Die scharfe Trennung zwischen Rechtssatz und Rechtsnorm, die ja nur eine Besonderung des Gegensatzes von Bedeutung und Gegenstand ist, läßt deutlicher erkennen, worin die Wahrheit des Rechtssatzes liegt. Sie besteht eben in der Übereinstimmung des Rechtssatzes mit der Rechtsnorm, welche er zum Ausdruck bringt. Die Konsequenzen aus dieser Bestimmung zu ziehen, müssen wir uns jedoch in dieser Arbeit versagen.

[1]) Handlungsfähigkeit, S. 43 ff.

[2]) a. a. O., S. 46. Vgl. noch Fischer, Rechtswidrigkeit, S. 20 ff.

Digitized by Google

VII.

Das Recht als irrealer Gegenstand; Recht in concreto und in abstracto.

Unsere positive Bestimmung des Rechtsaktes ist nunmehr so weit gediehen: Rechtsakte sind Urteilsakte, Recht ist Geurteiltes, Urteilinhalt, und zwar Urteile strenger, exakter Gesetzlichkeit.

Die rechtlichen Gegenstände wurden somit als irreale Gegenstände, als nicht dem Reiche der Natur angehörig erkannt. Den Vorwurf, daß wir uns nicht mit der »Realität« befassen, brauchen wir wohl nicht mehr zu fürchten.

Auf die irreale Natur des Rechtes wurde bereits mehrfach hingewiesen. Der schärfste Gegner des Empirismus ist Kelsen. Sein grundlegender Gedanke ist die Trennung von Sein und Sollen, wobei Kelsen unter Sein immer das reale Sein, das Sein der Natur versteht.

Weiter Iljin[1]), der den empirischen Rechtsbegriff als Machtbegriff behandelt und ihn aus der reinen Rechtslehre ausscheidet.

»Eines ist allen Lehren über die Macht gemeinsam, d. i. die Verlegung ihrer in die reale Reihe . . . ., die normative und die logische Rechtsbetrachtung sieht in dem Rechte in keiner Beziehung etwas Reales; noch mehr schon die Unterwerfung der Frage, ob das Recht in diesen methodologischen Reihen real sei, hat keinen Sinn; weder ‚ist' es hier noch, ist es nicht, es wird ihm weder ein Sein noch ein Nichtsein zugeschrieben, denn das Prädikat des Realen hat in dieser Reihe keinen Sinn.«

In vorzüglicher Weise hat auch Brodmann in seiner viel zu wenig gewürdigten Abhandlung »Vom Stoffe des Rechtes und seiner Struktur« das Recht als irrealen Gegenstand charakterisiert.

Endlich hat Reinach ausgesprochen, daß die rechtlichen Gebilde eine Welt für sich darstellen. »Wir werden zeigen, daß die Gebilde, welche man allgemein als spezifisch rechtliche bezeichnet, ein Sein besitzen, so gut wie Zahlen, Bäume, oder Häuser[2]).« Und er wendet sich gegen die heute herrschende Lehre, daß alle Rechtssätze und -Begriffe Schöpfungen der rechtserzeugenden Faktoren sind.

---

[1]) »Recht und Macht«, Archiv für Philosophie, 1912, S. 63 ff.

[2]) a. a. O., S. 4.

Digitized by Google

Hierin müssen wir ihm beistimmen; auch wir vertreten die Ansicht, daß die Rechtsnormen sind, unabhängig davon, ob ein Gesetzgeber sie für seinen Bereich als gültig erklärt; sie sind, aber ihr Sein ist nicht ein Sein der Natur, sondern das Sein der Begriffe.

Das Sein der Begriffe ist zeitlos; was aber zeitlos ist, kann nicht geschaffen, erzeugt werden.

Gesetze werden also, wenn wir dies so sagen dürfen, nicht erfunden, gleich einer Dampfmaschine, wie Ehrlich einmal meint, sondern sie werden entdeckt, wie mathematische Gesetze entdeckt werden.

Dies darf freilich nicht mißverstanden werden; es handelt sich nur darum, daß das Erfassen eines Begriffes, eines gedanklichen Inhaltes ein »Fassen« von schon Vorhandenem ist.

Von Naturrecht kann hiebei selbstverständlich nicht die Rede sein. Wir behaupten nicht die Gültigkeit einer Rechtsnorm unabhängig von einer Setzung des Gesetzgebers, was wohl am klarsten daraus hervorgeht, daß wir auch widersprechende Rechtsnormen eben als Rechtsnormen erklären müssen. Der Gesetzgeber greift aus der ungeheuren Zahl vorhandener Rechtsnormen diejenigen heraus, die er mit Gültigkeit bekleidet.

In ganz anderer Art hat es Bekker versucht, das Problem der besonderen Natur des Rechtes aufzuklären. Er erkennt, daß es sich im Rechte um »Geistiges« handelt; anderseits will er an die Realität des Geistigen nicht glauben. Daß aber das Recht doch wieder eine Realität sei, ist ihm selbstverständlich. Das Wesen der Realität ist, wie auch Bekker weiß, die Zeitlichkeit. Das Geistige also als zeitlich zu erkennen, das ist für Bekker die Frage, denn es muß ja die Synthese »Geistige Realitäten« sich erzielen lassen.

Und so kommt Bekker zur psychologistischen Ansicht zurück, daß die geistigen Realitäten eine Existenz haben, »von der ersten Wahrnehmung seitens des Urhebers bis zum Untergange der letzten Verkörperung. Dies ist die Lebenszeit einer geistigen Realität[1])«. Damit ist die Rückkehr zum Psychologismus vollzogen.

So wird es dem zum Empirismus neigenden Juristen zum immer neuen Problem, wie das Recht Tatsache und doch wieder nicht in jeder Hinsicht Tatsache, innerhalb und außerhalb des Menschen, psychologisch und nichtpsychologisch sein kann.

[1]) a. a. O., S. 22.

Digitized by Google

Es ist klar, daß solche Versuche, unvereinbare Elemente zu verschmelzen zu keinem Resultate führen können und daß man sich wieder entschließen mußte, die verschieden gearteten Elemente voneinander zu sondern.

Zu dieser Sonderung wurden in der Jurisprudenz die Begriffe des Konkreten und Abstrakten verwendet. Der hier gemeinte Gegensatz ist genau der von Gegenstand und Anschauung, Tatsache und Begriff (Wesen in der Sprache der Ideen). Tatsachen und Begriffe sind aber nicht voneinander unabhängig, stehen nicht gleichberechtigt nebeneinander, sondern es gehört zum Sinn jedes Tatsächlichen, ein Wesen zu haben [2]), dessen Gesetzlichkeiten es folgt. Die Tatsache ist also nur die Verkörperung des Begriffes in der Zeitlichkeit (Realität).

Somit verhält es sich im Rechte folgendermaßen: gewisse Tatsachen sind rechtliche Tatsachen, sie haben ein rechtliches Wesen in sich, sind Verkörperungen von Rechtsbegriffen. Es gelten daher für sie auch nur die Gesetze des Rechts, keine Gesetze anderer Regionen, also insbesondere nicht die Gesetze der Natur.

An dieser Stelle aber biegt der Gedankengang der meisten Juristen um. Das konkrete Recht ist nämlich nicht mehr nur die bloße Verkörperung eines Rechtbegriffes ohne eigene Gesetzlichkeit, sondern es ist eine Tatsache des Rechtslebens, die unter den Gesetzen der Rechtssoziologie steht. Die Änderung des Gedankens fällt deshalb nicht so stark auf, weil, wie wir oben besprachen, in äquivoker Rede die einzelnen Ausdrücke sowohl Begriffe der Rechtsdogmatik als Erscheinungen des Rechtslebens bedeuten können.

So wird etwa das subjektive Recht unabhängig von der Rechtsnorm, es tritt ihr selbständig entgegen und erhält Eigengesetzlichkeit. Damit wird aber auch die logische Rangordnung umgekehrt. Nicht mehr der Begriff, der den logischen Vorrang haben sollte, ist das Primäre, sondern die Tatsache, an die der Begriff erst herantritt (vgl. die kritisierte Auffassung Schloßmanns), der er nur noch etwas Neues zuteilt, sie aber nicht als ihm zugehörige, ihm unterworfene Tatsache erfaßt.

---

[2]) Husserl, Ideen, S. 9.

Digitized by Google

So kann, um nur ein Beispiel anzuführen, Bekker sagen: »Tritt zu meiner Macht das Recht hinzu, so wird damit zunächst an der Macht und an meiner Stellung gegenüber dem Objekt nichts geändert[1])« oder: »Wo konkretes Recht zu vorhandener Macht hinzutritt, bewirkt dies[2]) . . .«

Notwendig also muß es dazu kommen, daß die Gesetzlichkeit des »konkreten Rechtes«, des Rechtslebens, und des abstrakten Rechtes ineinanderfließen.

Hier liegt der Ursprung der angeblichen juristischen Fiktionen[3]). Die juristischen Fiktionen auflösen zu wollen, ist eine Sisyphusarbeit, ein prinzipiell widersinniges Unternehmen. Denn eine Fiktion bedeutet nur, daß die Gesetzlichkeit des Rechtes nicht mit der Gesetzlichkeit der Natur übereinstimmt. Die Rechtsgesetzlichkeit auf die Naturgesetzlichkeit zurückführen zu wollen, ist, wie wir wissen, Empirismus. Die juristischen Fiktionen sind nur der Ausdruck der Eigengesetzlichkeit des Rechtes. Man wird vielleicht überhaupt Fiktionen und irreale Gegenstände gleichsetzen können. Es ist daher irrig, wenn Somló die Fiktionen als terminologische Hilfsmittel bezeichnet; das ist Nominalismus. Nicht neue Bedeutungen sind die Fiktionen, sondern neue Gegenstände.

Gegen die Vermengung des Konkreten und Abstrakten hat mit Recht Eltzbacher Einspruch erhoben. »Die Rechtswissenschaft hat nicht selten das Faktische statt des Rechtes dargestellt und für dieses ausgegeben, d. h. sie hat sich statt mit dem Rechte selbst, mit den Erscheinungen des Rechtslebens beschäftigt. Hierher gehört die vielfach vernommene Behauptung, die Rechtswissenschaft habe zwei Gegenstände, erstens das Recht und zweitens außer ihm noch die Rechtsverhältnisse, d. h. die unter seinem Einfluß stehenden Lebensverhältnisse . . . An die Stelle des üblichen Dualismus muß hiernach ein Monismus treten: die Rechtswissenschaft hat nicht zwei Gegenstände, das Recht und die Rechtsverhältnisse, sondern ihr einziger Gegenstand ist das Recht[4]).«

---

[1]) a. a. O., S. 112.

[2]) a. a. O., S. 114.

[3]) Literatur bei Somló, S. 524, insbesondere Ihering, Geist des Römischen Rechtes, III., § 58, Bierling, Kritik, II., S. 85.

[4]) a. a. O., S. 21 f.

Digitized by Google

VIII.

Der Träger des Rechts.

Die von uns durchgeführte Unterscheidung zwischen Konkretem und Abstraktem und die Subsumption des Rechts unter Letzteres gibt zu einer neuen Frage Anlaß. Wir haben als Gegenstände der Rechtsakte irreale Gegenstände, Normen bestimmt. Wir wissen aber, daß sich auch irreale Gegenstände in Tatsachen verkörpern können, daß ihre Vertreter in der Realität erscheinen, oder umgekehrt gesehen, daß die Tatsachen unter gewisse Begriffe, irreale Gegenstände fallen.

Es läßt sich daher die Frage stellen, ob diese Tatsachen selbst nach ihrer Tatsachengesetzlichkeit hin zusammengefaßt werden können, so daß also sich der Umfang dieser Tatsachengruppe deckt mit dem Umfang jener Tatsachengruppe, die als Vertreter der irrealen Begriffe erscheinen können.

Diese Frage ist nur möglich in einer »Kulturwissenschaft«, wenn wir diesen Ausdruck rezipieren und nur als Gegensatz zur Naturwissenschaft ansehen. Denn in der Naturwissenschaft fallen Gegenstand und Anschauung zusammen, so daß die Frage gar nicht entstehen kann. Sie lautet nämlich, wenn wir sie etwas geändert formulieren: Deckt sich der Umfang der irrealen Begriffe mit dem Umfang irgendwelcher realer Begriffe?

Hauptsächlich in den Wertwissenschaften hat man sich mit unserem Problem intensiv beschäftigt. Ein Beispiel: die Reduktion des guten auf dasjenige, was arterhaltend und fördernd wirkt, wie die Darwinsche Theorie behauptet, ist eine Umfangsgleichsetzung eines Begriffes der Ethik, einer Wertwissenschaft, mit einem Begriff der Naturwissenschaft. Es ist leicht begreiflich, daß dieser Gedanke weiterhin zu einer Gleichsetzung auch der Begriffe, nicht nur ihres Umfangs geführt hat, daß also das Gute überhaupt mit dem Nützlichen identifiziert wurde, so daß die ganze Gesetzlichkeit des Nützlichen zur Gesetzlichkeit des Guten wurde; die Konsequenz ist, wie ohne weiters klar, die Rückkehr zum Empirismus.

Die Fragestellung läßt sich aber noch etwas erweitern. Gehen wir dabei von den Werten aus. Bei diesen kann nicht nur untersucht werden, welche realen Tatsachen positiven Wert haben,

Digitized by Google

sondern auch, an welchen Tatsachen sich Werte überhaupt verkörpern, auch wenn im einzelnen Fall diese Tatsache nicht wertvoll ist, sei es nun, daß sie Träger eines negativen Wertes ist oder daß sie in die wertindifferente Zone fällt.

So kann z. B. das musikalisch Schöne sich nur in Tönen verkörpern, aber nicht jeder Ton oder jeder Zusammenhang von Tönen ist selbst bereits schön.

Diese Art der Untersuchung hat nun Hildebrandt in der bereits mehrfach erwähnten Arbeit »Die Idee der sittlichen Handlung« angewendet; er will den »Träger« der sittlichen Handlung feststellen und leitet seine Arbeit ein: »Kant beginnt seine Grundlegung zur Metaphysik der Sitten mit dem großen Satze: ‚Es ist überall nichts in der Welt, ja überhaupt auch außerhalb derselben zu denken möglich, was ohne Einschränkung für gut könnte gehalten werden, als allein ein guter Wille'. Darin liegt außer vielem anderen die Einschränkung der Ethik, auf das Gebiet des Wollens. Ein Akt, und zwar der Willensakt wird zum alleinigen Träger ethischer Werte erklärt und etwa die Güte einer Person lediglich als die Anlage, aus der ein guter Wille fließt, interpretiert. Der Wille wird als einziger, echter Träger des Sittlichen bezeichnet. Alles Andere, was in diesem Satz immanent noch enthalten ist, etwa die Idee des guten Willens ist seit Kant von vielen Ethikern in den verschiedensten Formen bestritten worden. Die Identifikation von Ethik und Lehre des guten Willens aber ist ein Gemeingut der Ethik geworden.«

So können wir auch so fragen: Welches ist der Träger des Rechts? Und wir finden hier eine ganz analoge Sachlage; denn wie die Ethik, steht auch das Recht noch unter dem Eindruck der Kantschen Metaphysik der Sitten.

Die Kantsche Rechtsphilosopie ist bekanntlich ein Teil der Metaphysik der Sitten und diese beginnt sogleich mit einer Definition des Begehrungsvermögens. Die bekannte Rechtsdefinition lautet: »Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des Einen mit der Willkür des Anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen bestehen kann.« Das Recht wird wie die Sittlichkeit auf den Willen beschränkt, denn Willkür ist nach Kants Begriffsbestimmung nur eine besondere Art des Willens. Hierin sind Kant die juristischen Theorien gefolgt,

Digitized by Google

Unsere Frage wird in der juristischen Terminologie meist formuliert: Was ist rechtlicher Regelung zugänglich? Die Antwort lautet jedoch fast durchwegs zu eingeschränkt. Dies beweisen die gezogenen Schlußfolgerungen, die rein naturrechtlich sind. So ziehen Bierling und ihm genau folgend Fischer[1]) aus der Einschränkung des Rechts auf menschliches Verhalten den Schluß, daß nicht Gegenstand rechtlicher Regelung sein kann: a) das Verhältnis des einzelnen Menschen zu sich selbst, b) das Verhältnis zwischen Mensch und Gott, c) das Verhältnis des Menschen zu Tieren und leblosen Sachen. Es ist fast überflüssig, zur Widerlegung Gegenbeispiele aus dem positiven Recht beizubringen. Man denke bloß an die Bestrafung des Selbstmordversuchs, der Gotteslästerung, der Tierquälerei. Selbst wenn man dieser Behauptung den Sinn unterlegen wollte, daß nur Menschen Rechte erwerben könnten, wäre sie unzutreffend.

Die Beschränkung des Rechts auf gewisse abgegrenzte Gebiete ist ein charakteristisch naturrechtlicher Gedanke. Es sei nur an die Freiheitssphäre des einzelnen Individuums erinnert. Oft genug werden diese naturrechtlichen Argumente als Begründung politischer Postulate gebraucht. Erobert sich das Recht ein neues Gebiet, so erklären die Betroffenen dies häufig für »Unrecht«, weil dieses Gebiet rechtlicher Regelung unzugänglich sei. Der Kampf gegen die neuen Rechtsgedanken des Sozialismus bewegt sich vielfach in dieser Richtung.

Auch die Beschränkung des Rechtes auf äußere Handlungen im Gegensatze zur Welt der »Gedanken oder innerlichen Vorhabens« (welcher Gedanke sich übrigens bei Kant als Gegensatz der Legalität und Moralität findet)[2]) ist heute wohl aufgegeben; ich verweise diesbezüglich nur auf die Ausführungen Eltzbachers[3]).

Wir müssen also alle Versuche, die Rechtsträger einschränkend zu bestimmen, zurückweisen; nur das Eine läßt sich sagen, daß in der Funktion des Rechtsträgers allein »Tatbestände«, das sind reale, zeitliche Vorgänge, stehen können. Die moderne Theorie

[1]) Bierling, Juristische Prinzipienlehre I, S. 21; Fischer, Rechtswidrigkeit, S. 12.
[2]) Metaphysik der Sitten, Einleitung III, S. 21 (Ausg. Vorländer).
[3]) a. a. O., S. 232 ff.

Digitized by Google

hat diese Auffassung bereits vertreten. So Kelsen[1], Wenzel[2] und insbesondere Sander, für den das Rechtsverfahren sich überhaupt als eine Verknüpfung von Tatbeständen darstellt. Wir sind uns allerdings bewußt, daß Sanders philosophische Grundlagen von den unseren vollständig verschieden sind und daß dementsprechend sein Tatbestandsbegriff ganz anderen Zwecken zu dienen hat.

Anders ausgedrückt: Alle Naturvorgänge können rechtlich relevant werden, die Welt des rechtlich Relevanten der Einzelrechtsordnung ist eine »Welt mit offenem Horizont«, solange sie nicht die Gesamtheit der Naturvorgänge umfaßt, bis zu dieser Grenze erweiterungsfähig. Immer neue Tatbestände können von der rechtlichen Regelung ergriffen und mit Rechtsfolgen versehen werden oder als solche dienen.

IX.

Die Rechtsnorm als Relation.

Wir haben die positive Bestimmung des Gegenstandes Recht so weit gegeben, daß wir die Rechtsnormen als Gegenstände aufgewiesen haben und sahen, daß diese sich auf Tatbestände als ihre Träger beziehen.

Spricht man von einem rechtlich geregelten Tatbestand, so kann dies zweierlei bedeuten: entweder es ist ein Tatbestand gemeint, der gewisse Rechtsfolgen nach sich zieht, oder es können diese Rechtsfolgen selbst gemeint sein, die ja ebenfalls Tatbestände sind.

Daran werden wir während unserer ganzen Untersuchung mit größter Strenge festhalten müssen, daß rechtliche Regelung nichts anderes bedeuten kann, als den Anschluß von Rechtsfolgen an Rechtsvoraussetzungen; wir glauben, daß wir dabei auf keinen Widerspruch stoßen werden.

Sprachlich haben wir also die Rechtsnorm zu formulieren: wenn . . ., so . . . Es stellt sich die ausgedrückte Rechtsnorm, der Rechtssatz somit als hypothetisches Urteil dar.

Mit dieser Bestimmung in der Sphäre der Bedeutungen können

[1]) Kelsen, Lehre von der Souveränität, S. 193.

[2]) Wenzel, Juristische Grundprobleme, S. 73.

Digitized by Google

wir uns aber nicht begnügen; wir müssen vielmehr untersuchen, was begrifflich, logisch unter der sprachlichen Formulierung verborgen liegt.

Der logische Terminus einer solchen Verknüpfung von Voraussetzung und Folge ist Relation.

Der Relation wird in der modernen Logik und Wissenschaftstheorie außerordentlich große Beachtung gewidmet. Man behauptet, es sei das Ziel der Naturwissenschaft, die Dingbegriffe in Relationsbegriffe umzuwandeln (Rickert), die Substanzbegriffe in Funktionsbegriffe aufzulösen (Cassirer).

Wir können selbstverständlich hier nicht auf alle damit verbundenen Probleme eingehen, sondern nur das für uns Wesentliche hervorheben.

Wir benützen als Ausgangspunkt das bereits am Beginne unserer Arbeit berührte Problem der Definition. Die Aristotelische Logik verstand unter der Definition die Angabe des Genus proximum und der Differentia specifica. Es gibt jedoch Begriffe, die auf andere Weise bestimmt werden; es sind dies die sogenannten relativen Begriffe. Der Sinn des Begriffes Vater zum Beispiel bleibt unverständlich, insolange man nicht auf den dazugehörigen Begriff Sohn verweist; der Begriff Ursache wird erst verständlich durch den Hinweis auf die Wirkung.

Es ergibt sich somit ein Gegensatz relativer und absoluter Begriffe [1]). Während die letzteren durch Subsumption definierbar sind, bedürfen die ersteren eines irgendwie mit ihnen verketteten Begriffes, um vollständig bestimmt zu werden. Diese Verkettung, die zwischen den relativen Begriffen besteht, ist die Relation, die also eine rein begriffliche Beziehung darstellt.

Die Relation findet selbst wieder ihre Bestimmung durch die Angabe der zu ihr gehörigen relativen Begriffe [2]).

So ergibt sich ein zweiter Gegensatz: Dingbegriffe (absolute Begriffe) und Relationsbegriffe.

Das Verhältnis von Relation und relativen Begriffen kann leicht falsch aufgefaßt werden. Es ist nicht etwa so, daß die

---

[1]) Der Nebensinn von Begriff als Bedeutung bleibt ausgeschaltet.

[2]) Die Relation kann auch unter höhere Relationen, der relative Begriff unter höhere relative Begriffe subsumiert werden, worauf es jedoch nicht weiter ankommt.

Digitized by Google

Relation zu den schon vorhandenen relativen Begriffen als Beziehungspunkten hinzutritt, sich an sie äußerlich anheftet, sondern Relation und relative Begriffe entstehen gemeinsam, sind einander logisch gleichgeordnet, »konstituieren« sich in einem Akte, der sich als gespaltener, »mehrstrahliger« Akt darstellt. So charakterisiert Natorp das Urteil, das er als eine Relation zwischen Subjekt und Prädikat darstellt: »Es scheinen . . . die Termini, die Begriffe, immer voraus schon gegeben sein zu müssen, die Leistung des Denkens im Urteil also bloß darin zu bestehen, diese gegebenen Elemente richtig ihrem eigenen Sinn gemäß untereinander zu verknüpfen, so daß der ganze Erkenntnisgehalt des Urteils im Grunde voraus schon in den Begriffen gelegen hätte . . . das Urteil wird dann Tautologie . . . Was sollen die voraus gegebenen Denkelemente, die Termini des Urteils, die Begriffe denn sein? Jedenfalls Bestimmtheiten. Aber Denken heißt überhaupt Bestimmen. Also kann die Bestimmtheit jedenfalls nicht immer wieder und nicht im ursprünglichen Fall vor dem Denken voraus dem Denken zu denken gegeben sein, sondern nur das Denken selbst kann sie vollziehen. Dann aber kann die Grundleistung des Denkens nicht beschrieben werden als Urteilen, wenn darunter verstanden wird: gegebene Bestimmtheiten nur ihrem eigenen Inhalte gemäß, miteinander richtig verbinden oder voneinander scheiden. Sondern es muß ein Grundakt des Denkens angesetzt werden, in dem überhaupt irgendwelche Bestimmtheit für das Denken zuerst entstehen, ein Grundakt also des Bestimmens. Aber dieser wird dem Urteilen selbst zugrunde liegen; es wird selbst in seiner ursprünglichsten Funktion diesen Grundakt des Bestimmens bedeuten müssen. Unter welcher Voraussetzung wird denn dieser sich als Urteil, d. h. als Relation zwischen zwei Terminis darstellen? Unter der einzigen Voraussetzung, daß nicht zwischen zwei voraus gegebenen und bestimmten . . . Denkelementen außerdem auch eine Beziehung gesetzt oder vielmehr als in ihnen schon liegend bloß zur Kenntnis genommen wird; sondern es muß im ursprünglichen Fall beider Elemente, die als Subjekt und Prädikat sich ausdrücken, und zwar in genauer Korrelation zu einander . . . . im Akte dieses Denkens erstmals gesetzt werden, voraus, abgesehen von diesem Denkakte aber für das Denken noch gar nicht vorhanden gewesen sein. Denn es sollen Bestimmtheiten sein; voraus

Digitized by Google

aber vor seiner eigenen bestimmenden Leistung, gibt es für das Denken keine Bestimmtheit. Also vielmehr durch die Relation müssen die Termini erst im Denken gesetzt sein, nicht durch die Termini die Relation [1].«

Unsere Charakteristik der relativen Begriffe ist also auf ihre Ergänzungsbedürftigkeit abgestellt. Besinnen wir uns noch, in welcher Sphäre diese Ergänzungsbedürftigkeit liegt: es ist klar, daß es sich nicht um ergänzungsbedürftige Bedeutungen handelt; denn die relativen Begriffe sind nicht unselbständige Bedeutungen. Sowohl relative als absolute Begriffe können sich als einfache Nomina darstellen, die als solche, soweit es bloß auf ihren Bedeutungscharakter ankommt, selbständig sind.

Die Ergänzungsbedürftigkeit liegt vielmehr in der Gegenstandssphäre, in der Sphäre der Begriffe, wenn wir den Nebensinn des Wortes Begriff als Bedeutung außer acht lassen.

Eine Relation kann nur zwischen Begriffen bestehen, niemals zwischen Tatsachen, sie liegt nicht in der Anschauung. Der relative Begriff kann ohne den ergänzenden relativen Begriff, beziehungsweise die Relation nicht gedacht werden. Etwas ganz anderes ist es, wenn Tatsachen nicht ohne einander bestehen können. So ist zum Beispiel der Begriff Farbe kein relativer Begriff, nicht ergänzungsbedürftig, dagegen ist die Tatsache Farbe unselbständig, ergänzungsbedürftig, denn Farbe kann nur räumlich, in bestimmter Ausdehnung erscheinen [2]. Diese beiden Arten von Unselbständigkeit sind streng zu scheiden, was gerade die Jurisprudenz im Zusammenhang mit ihrer empiristischen Grundeinstellung oft verabsäumt hat.

Der Mangel der Unterscheidung zwischen dem Nicht-ohne-einander-gedacht-werden-können und Nicht-ohne-einander-sein-können, der Relation und der Koexistenz wird leicht durch folgenden Gedankengang verdeckt. Auch relative Begriffe haben ihre Vertreter, ihre Verkörperungen in der realen Welt. So scheint die Relation nicht zwischen den Begriffen, die sich auf die Fakten beziehen, sondern zwischen den Fakten selbst zu bestehen.

Die Sprache unterstützt den falschen Gedankengang. Denn die einzelnen Worte sind insofern äquivok, als sie sowohl den

[1]) Die logischen Grundlagen der exakten Wissenschaften, S. 38 f.

[2]) Vgl. oben S. 40, wo wir das Beispiel der Farbe zu Kontrastierungszwecken etwas inkorrekt verwendet haben.

Digitized by Google

Gegenstand (Begriff) als auch die Tatsache bezeichnen. Sagt man: der Vater ist gut, so ist hier unter Vater nicht der relative Begriff Vater verstanden, sondern ein ganz bestimmter einzelner Mensch, also eine Naturtatsache. Dadurch wird der Eindruck erweckt, daß wirklich eine Relation zwischen dem Menschen, der Vater ist, und dem Menschen, der Sohn ist, bestünde, während doch in Wirklichkeit nur zwischen den Begriffen Vater und Sohn die Relation besteht [1]).

Niemals läßt sich die Relation aus den Tatsachen entnehmen, sie wird erst an sie von unserem Denken herangebracht. Indem man an Stelle des relativen Begriffes seine Vertreter setzt, löst man die Tatsachen von der Relation los und dementsprechend erscheint auch der relative Begriff nur als Zusamnenfassung von Tatsachen, er wird zum absoluten Begriff. Die Verwandtschaft dieses unrichtigen Gedankenganges mit dem im vorigen Abschnitt behandelten, durch den die Träger der irrealen Gegenstände an die Stelle der irrealen Gegenstände treten, ist unverkennbar.

Dieser Prozeß der Verabsolutierung spielt auch in der allgemeinen Philosophie eine Rolle [2]).

Wir haben nunmehr zu zeigen, daß auch die Rechtsnorm eine Relation darstellt. Durch die Rechtsrelation werden als relative Begriffe die Rechtsvoraussetzung, der hypothetische Vordersatz und die Rechtsfolge, der hypothetische Nachsatz gesetzt. Im einheitlichen, aber gespaltenen, mehrstrahligen Rechtsakt konstituieren sich beide, sie sind einander logisch gleichgeordnet, keine von beiden hat einen Vorzug vor der anderen. Nur durch die Auffassung der Rechtsnorm als Relation kann uns die rechtliche Bindung, die Verbindlichkeit überhaupt verständlich werden.

Das Problem gipfelt in dem vielleicht am heftigsten diskutierten Scheinproblem der Jurisprudenz, der Möglichkeit der Begründung des Satzes: pacta sunt servanda.

Wir können die Frage formulieren, ob im Begriffe Pactum bereits die Bindung liegt, ob also unser Satz ein analytisches oder synthetisches Urteil ist. Nach unseren Feststellungen erkennen wir, daß es sich um ein Scheinproblem handelt, das nur durch

[1]) Vgl. Couturats Ausführungen über Gebiet, Mitgebiet und Feld der Relationen, a. a. O., S. 30.

[2]) Schopenhauer, Kritik der Kantschen Philosophie, S. 552 (Ausg. Frauenstädt).

Digitized by Google

die Äquivokation des Wortes Pactum herbeigeführt wurde. Denn Pactum bedeutet einerseits den relativen Begriff, also die verbindliche, d. i. die von der Rechtsnorm geforderte Rechtsvoraussetzung, anderseits den Vertreter dieses Begriffes, die Tatsache, den Tatbestand der Vereinbarung, die Willensübereinstimmung. Während nach der ersteren Bedeutung das Urteil ein analytisches ist, ist es im anderen Falle ein synthetisches.

Das Naturrecht meinte wohl den relativen Begriff. Darauf scheint wenigstens die Behauptung Kants hinzudeuten: »Daß ich es (sc. das Versprechen) halten soll, begreift ein jeder von selbst. Es ist aber schlechterdings unmöglich, von diesem kategorischen Imperativ noch einen Beweis zu führen [1].«

Niemals aber läßt sich aus dem konkreten Tatbestand die Rechtsfolge ableiten; denn wir hätten dann keine Relationsverknüpfung vor uns, sondern die Rechtsfolge wäre im Tatbestand enthalten; sie wäre eine Qualität des Tatbestandes. Hier liegt einer der Grundfehler Ehrlichs, nach dessen Ansicht der Richter nicht etwa nur auf Grund des Tatbestandes entscheidet, sondern seine Entscheidung aus dem Tatbestand entnimmt. Vom konkreten Tatbestand aber die Rechtsfolge auszusagen, ist immer ein synthetisches Urteil, erfordert also, daß etwas hinzutritt, was im vorliegenden Faktum nicht gegeben ist. »Es würde eine Vermengung von grundverschiedenen Dingen bedeuten: von sinnlichen und realen Verknüpfungsformen und kategorialen oder idealen. Die sinnlichen Verknüpfungen sind Momente des realen Gegenstandes, wirkliche Momente desselben, in ihm, wenn auch nur implicite vorhanden und durch eine abstraktive Wahrnehmung aus ihm herauszuheben. Dagegen sind die Formen der kategorialen Verknüpfung zur Weise der Aktsynthesis gehörige Formen, also Formen, die sich in den synthetischen auf Sinnlichkeit aufgebauten Akten objektiv konstituieren [2].«

Die meisten Hypothesen, die die verpflichtende Wirkung des Pactum zu erklären versuchten, konnten nur deswegen ihren Anhängern als gelungen erscheinen, weil sie sogleich vom zu erklärenden Problem abglitten und auf ein anderes übergingen. Schöne Beispiele hierfür gibt Reinach in seiner Kritik der

[1] Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, § 19, S. 86.

[2] Husserl, Sechste Logische Untersuchung, S. 628.

Digitized by Google

Theorien Humes, Lipps und Schuppes. Leicht wird nämlich die objektive Frage nach der Begründung des Satzes pacta sunt servanda in die andere umgewandelt; wieso fühlt sich derjenige, der die Vereinbarung eingegangen, das Versprechen gegeben hat, dazu bewogen, seine Zusage einzuhalten, sein Versprechen zu erfüllen? Dies ist z. B. der Kern der Theorie Lipps.

Lipps will die verpflichtende Kraft des Versprechens daraus erklären, daß das Wissen fremden Erlebens die Tendenz mit sich führt, es mitzuerleben. Weiß man, daß ein anderer den Wissenden für verpflichtet hält, so entsteht in dem Wissenden die Tendenz, sich selbst verpflichtet zu fühlen. Die Erklärung Lipps bezieht sich also nur auf das Verpflichtungsgefühl, nicht auf die objektive Verpflichtung. Wir haben einen Fall von Psychologismus vor uns; ähnlich bei den beiden anderen von Reinach kritisierten Theorien.

Allein auch Reinachs Darstellung können wir nicht als gelungen ansehen. Er meint: »Wir geben, streng genommen, keine Theorie des Versprechens. Wir stellen ja nur den schlichten Satz auf, daß das Versprechen als solches Anspruch und Verbindlichkeit erzeugt. Man kann versuchen, und wir haben es versucht, durch aufklärende Analyse diesen Satz einsichtig zu machen. Ihn erklären zu wollen, hätte genau denselben Sinn, wie der Versuch einer Erklärung des Satzes 1×1 ist 1.[1])« Damit können wir uns zwar einverstanden erklären, denn auch wir wollen durch Analyse, nämlich durch die Analyse des Rechtsaktes, den Satz erklären; aber Reinach analysiert nicht den Rechtsakt, sondern das Versprechen. Er charakterisiert es als einen sozialen Akt besonderer Art, verwandt mit Bitte und Befehl. Diese sind »soziale Akte, welche im Gegensatze zu der Mitteilung ihrem Wesen nach auf korrespondierende oder besser auf respondierende Betätigungen hinzielen, mögen diese Betätigungen auch realiter nicht zustande kommen. Jeder Befehl und jede Bitte zielt ab auf ein in ihnen vorgezeichnetes Verhalten des Adressaten. Erst die Realisierung dieses Verhaltens schließt endgültig den Kreis, welcher durch jene sozialen Akte eröffnet ist [2])«.

Auch das Versprechen »eröffnet, ähnlich wie der Befehl . . .

[1]) a. a. O., S. 57.

[2]) S. 25.

Digitized by Google

einen Kreis weiteren Geschehens. Auch es zielt ab auf ein Verhalten, freilich nicht auf ein Tun des Empfängers, sondern des Versprechenden selbst[1])«. Wieso jedoch in diesem Akt und seinem Gegenstand die Bindung liegen kann, darüber finden wir bei Reinach nichts. Der Gegenstand, das intentionale Ziel des Aktes, ist ja nicht die Rechtsrelation, aus der sich die Bindung durch analytisches Urteil ergibt, sondern ein eigenes Verhalten des Versprechenden; ein solcher Akt kann wohl in der Trägerfunktion eines relativen Begriffes stehen, niemals aber kann sich in ihm die Bindung konstituieren.

Die Bindung ist nach Reinachs Auffassung eine Wirkung des Versprechens. »Ein Mensch erteile einem anderen ein Versprechen. Eine eigenartige Wirkung geht von diesem Vorgang aus, eine ganz andere, als wenn etwa ein Mensch dem anderen eine Mitteilung macht oder eine Bitte ausspricht. Das Versprechen schafft eine eigentümliche Verbindung zwischen zwei Personen, kraft deren, um es zunächst ganz roh auszudrüken, die eine etwas verlangen darf und die andere verpflichtet ist, es zu leisten oder zu gewähren. Diese Verbindung erscheint als Folge, als Produkt gleichsam des Versprechens.«[2]) Aber wie ist es möglich, daß in der Erscheinung selbst die Folge liegt? Alle Folge entsteht nach einem Gesetz, das als etwas Neues gegenüber dem Grunde und der Folge diese beiden vereinigt. Dieses Gesetz, beim Versprechen also die Bindung, kann nicht in der Erscheinung, die ihm unterstellt ist, enthalten sein. Es bedeutet eine Verbindung, eine »Synthesis«.

Aus dieser irrigen Voraussetzung zieht Reinach die entsprechenden Konsequenzen: »Das Erwachsen eines Anspruches oder einer Verbindlichkeit bedarf wie das Eintreten einer Veränderung in der äußeren Natur, eines zureichenden Grundes .... Ist die Folge in der äußeren Natur einmal da, so kann sie uns — idealiter gesprochen — jederzeit zur selbständigen Gegebenheit kommen .... Der Akt, in welchem die Wirkung zur Gegebenheit kommt, bedarf keiner Fundierung durch einen die Ursache erfassenden Akt. Dagegen ist es nicht möglich, einen Anspruch oder eine Verbindlichkeit selbständig in ihrer Existenz zu er-

[1]) S. 30.
[2]) S. 9.

Digitized by Google

fassen.«[1]) Allein beide Male liegt genau das gleiche vor. Der Anspruch ist kein »Produkt« und keine »Folge«, er entspricht nicht der Wirkung, sondern dem zwischen dem Tatbestande und der Rechtsfolge Liegendem, der Relation, und ebensowenig wie ich den Anspruch »selbständig in seiner Existenz zu fassen vermag«, vermag ich die Kraft, das Naturgesetz selbständig erfassen. Der Glaube an die sinnliche Wahrnehmbarkeit, die »Realität« von Kräften, ist eine altbekannte Hypostasierung. Wohl aber können wir die wirkliche Ursache und die wirkliche Wirkung, die Fakten selbständig in ihrer Existenz erfassen und dasselbe gilt bezüglich der Rechtsvoraussetzung und der Rechtsfolge. Den verpflichtenden Tatbestand und die Erfüllung der Verpflichtung nehmen wir wahr.

Damit fällt noch eine Behauptung Reinachs: »Wir werden sehen, daß sie (sc. die apriorische Rechtslehre) auf eine ganz neue Art von Gegenständen trifft, auf Gegenstände, welche nicht zur Natur im eigentlichen Sinne gehören, die weder physisch noch psychisch sind und die sich zugleich auch von allen ideellen Gegenständen durch ihre Zeitlichkeit unterscheiden[2]).« Wir können solche Gegenstände nicht entdecken. Reinach meint, daß die einzelnen Ansprüche, beziehungsweise Verbindlichkeiten nach gewisser Zeit erlöschen. Auch hier jedoch haben wir dieselbe Sachlage vor uns wie bei den physischen und psychischen Gegenständen. Der Begriff Verbindlichkeit ist zeitlos wie jeder andere Begriff; die einzelne Verbindlichkeit dagegen erhält ihre Stelle in der Zeit, im Augenblicke des erbrachten Tatbestandes, ganz so wie auch im Zeitpunkt des Eintrittes der Ursache die Kraft zu »wirken« beginnt. Jeder einzelne Fall des Wirkens einer Kraft ist also im ganz gleichen Sinne ein »zeitlicher« Gegenstand wie der Anspruch. Beide sind im gleichen Sinne real, beziehungsweise irreal.

Nun erfassen wir auch die interessante Problemstellung des Werkes Schloßmanns. Für ihn ist der Vertrag ein bloßer Tatbestand, Träger. Es ist seine Grundthese: »Daraus, daß ein Tatbestand als Vertrag charakterisiert werden kann, ist kein einziger juristisch erheblicher Schluß möglich[3]).« Wir müssen diesem

[1]) S. 18.
[2]) S. 6 f.
[3]) a. a. O., S. 7.

Digitized by Google

Satz die allgemeinere Fassung verleihen, daß aus einem Tatbestand niemals eine Rechtsfolge abgeleitetet werden kann und stimmen ihm zu. Es wird Schloßmann leicht, alle diesbezüglichen Theorien zu widerlegen und den Vertragsbegriff für wertlos zu erklären.

Von ganz anderer Seite versucht er es nun, »für diejenigen Erscheinungen, welche bisher stets aus dem Dogma von der bindenden Kraft der Verträge und des Willens hergeleitet worden sind, ein anderweitiges Gesetz nachzuweisen und sie auf ein allgemein anerkanntes Rechtsaxiom zurückzuführen [1].« Das von ihm aufgestellte Axiom lautet: »Wer schuldhafter Weise einen anderen verletzt, ist zur Wiederausgleichung des Schadens verpflichtet [2].«

Aus der schuldhaften Vertragsverletzung also ergibt sich die Bindung, die man bisher dem Vertragsbegriffe zu entnehmen zu können glaubte. Was aber Schloßmann hier getan hat, ist nichts anderes, als daß er das Verschulden im Gegensatz zu seiner Auffassung des Vertrages als Tatbestandes. als relativen Begriff ansieht. Denn auch Verschulden ist ebenso äquivok wie Vertrag u. s. w. Nun freilich kann Schloßmann aus der Relation durch analytisches Urteil die Verpflichtung ableiten.

Immerhin ist Schloßmann der entscheidenden Einstellung des Problems sehr nahe gekommen. Er selbst hat die Äquivokation des Vertrages im Römischen Recht nachgewiesen. Denn die Äquivokation ist nicht auf die deutsche Sprache beschränkt. »‚Contractus' wird verwendet zur Bezeichnung jedes beliebigen Aktes des Verkehrs, also in der ganz allgemeinen vagen Bedeutung von Negotium, Geschäft, zuweilen wird auch die auf Eingehung eines Rechte und Pflichten erzeugenden Verhältnisses gehende Absicht sowie das unmittelbare Übereinkommen der Parteien betont.« Das sind Tatbestandsbegriffe. Anderseits aber ist »Contractus weiter sehr oft gleichbedeutend mit Obligation, also dem Resultat des Kontrahierens [3]«. Hier ist der relative Begriff gemeint. Auch im Deutschen sagt man: die Parteien

[1]) S. 287.
[2]) S. 289.
[3]) S. 32.

Digitized by Google

haben einen Vertrag geschlossen, und andererseits: es besteht ein Vertrag zwischen ihnen.

Mit Recht hat Schloßmann auch das Bildliche in der Ausdrucksweise von der »Erzeugung« einer Verbindlichkeit getadelt. Denn der Tatbestand erzeugt nicht die Folge, sondern die Verpflichtung entsteht an ihm, wie diese Sachlage richtiger auszudrücken wäre.

Wir haben uns nun noch mit den Autoren zu befassen, welche den Begriff der Relation in der Rechtswissenschaft bereits verwendet haben. Diese Theorien leiden jedoch meist an dem bereits oben charakterisierten Fehler der Verwechslung von Relation und Koexistenz.

Der Erste, der überhaupt den Relationsbegriff in die Rechtswissenschaft einführte, war wohl Lammasch; freilich handelte es sich ihm nur um das Spezialproblem des Begriffes der Gefahr im Strafrecht.

Die Unrichtigkeit der herrschenden Lehre besteht seiner Ansicht nach darin, daß diese »die Möglichkeit einer Veränderung, das Gefährdetsein, welches nur eine Relation des ‚gefährdeten' (als einer Veränderung ausgesetzt betrachteten Objektes) zu einem vorgestellten, gedachten Ereignis ist, irrigerweise als eine Qualität, d. i. als eine dem ‚gefährdeten' Objekt seiner physischen Beschaffenheit nach zukommende Eigenschaft, als eine bereits an demselben eingetretene Veränderung dieses Objektes betrachtet [1])«.

Es ist klar, daß hier unter Relation eine Beziehung zwischen realen Dingen verstanden wird; eine solche empirische Beziehung reduziert sich aber schließlich wieder auf die Kausalität und muß sich auf sie reduzieren. Und wirklich lautet Lammasch' Bestimmung der Gefahr: »Stellt man sich den Verbrechensakt als mit allen übrigen Antezedenzien des rechtsverletzenden Erfolges zusammentreffend vor, so bezeichnet man den Erfolg als notwendig; stellt man sich den Akt aber nur als mit einigen Antezedenzien zusammentreffend vor, während man hinsichtlich des Zutreffens der übrigen im Zweifel ist, so bezeichnet man den Erfolg nur als möglich und spricht, insofern man den Erfolg als Übel auffaßt, von einer Gefahr seines Eintrittes [2]).«

[1]) Handlung und Erfolg, Grünhuts Zeitschrift, Bd. IX, S. 244.

[2]) a. a. O., S. 238.

Digitized by Google

Wir haben keine Veranlassung zu prüfen, ob diese Begriffsbestimmung richtig ist; uns handelt es sich nur darum, zu erkennen, daß der hier verwendete Begriff der Relation nicht jener ist, den wir als die logische Grundlage des Rechtes ansehen müssen. Die Relation bezieht sich niemals auf die Tatsachenwelt, sie läßt keine Schlüsse in der Richtung zu, ob ein Ereignis, das der Träger eines der relativen Begriffe ist, eintreten wird oder nicht.

Anscheinend unabhängig von Lammasch hat Jellinek den Relationsbegriff für die Rechtswissenschaft fruchtbar machen wollen. Er hat den Terminus Relation im »System der subjektiven öffentlichen Rechte« verwendet, in der »Allgemeinen Staatslehre» spricht er statt dessen von Funktion.

»Als letzte objektive Elemente des Staates ergeben sich eine Summe bestimmter in Tätigkeiten sich äußernder sozialer Beziehungen zwischen Menschen oder, noch genauer gesprochen, da der Begriff der Summe bereits eine Form subjektiver Synthesis bedeutet, ein Neben- und Nacheinander bestimmter, in Beziehungen von Menschen zu Menschen sich äußernder Tätigkeiten. Er ist somit nach keiner Richtung hin Substanz, sondern ausschließlich Funktion . . . Diese Funktion ist ausschließlich psychischer Art [1].« Und nun folgen Vergleiche mit anderen »sozialen Erscheinungen«, von denen insbesondere der Vergleich mit der Sprache geeignet ist, die Auffassung Jellineks deutlich zu machen: »Die Sprache ist psychische Funktion . . . Ein von Menschen losgelöstes und zur Selbständigkeit verdichtetes Dasein der Sprache gibt es nicht [2].« Der Fehler, den diese Auffassung begeht, ist die typische Verwechslung von Koexistenz und Korrelation. Daß Sprache oder Recht nicht ohne Menschen sein kann, hat nichts damit zu tun, daß Sprache oder Recht unabhängig von Menschen gedacht werden können. Diese Isolierung ist ja gerade wissenschaftliche »Abstraktion«. Die Ergänzungsbedürftigkeit des Rechtes hinsichtlich von Menschen liegt in der Sphäre der Tatsachen, nicht der Begriffe.

Selbstverständlich hat Jellinek in Verfolgung dieser Auffassung alle Lehren für falsch erklärt, die »den Staat als ein

[1]) Allgem. Staatslehre, 3. Aufl., S. 174.

[2]) a. a. O., S. 175.

Digitized by Google

neben oder über den Menschen stehendes natürliches Gebilde auffassen«. Er sieht jedoch nur die Möglichkeit von Hypostasierungen des Staates als »einer von den Menschen losgelöster menschlichen Willkür entrückter Macht [1]«. Daß gerade zwischen dieser und seiner Ansicht die richtige Linie verläuft, die im Staate ein begriffliches und somit objektives, aber nicht psychologisches Sein sieht, konnte er nicht erfassen [2].

Ähnlich wie Jellinek hat auch Hold den Relationsbegriff gefaßt. »Das Recht ist ein System von Beziehungen zwischen Menschen [3] . . . jeder Rechtsbegriff muß in letzter Linie auf Beziehungen zwischen einzelnen Menschen zurückgeführt werden können [4].« Relation ist auch hier eine Tatsachenbeziehung, eine Beziehung zwischen bereits gegebenen Elementen, nämlich den Menschen als Naturfaktum, die in die Beziehung eingestellt werden, also keine begriffliche Beziehung. Man muß allerdings zugestehen, daß Hold diesen Gedanken mit voller Konsequenz, weitaus energischer als Jellinek durchgeführt hat. Aber die Rechtswissenschaft wird dadurch zur Naturwissenschaft und damit unfähig, die spezifischen Rechtsprobleme zu lösen, wie sich z. B. an den Bemerkungen Holds über die juristische Person zeigt [5]. Hold hat es jedoch als erster klar ausgesprochen: »Logisch ausgedrückt stellt sich das Urteil: jemand sei berechtigt oder verpflichtet, jemand handle rechtswidrig, nicht als Qualitäts-, sondern als Relationsurteil dar,« und daraus ergibt sich: »‚An sich' rechtsmäßig, ‚an sich rechtswidrig' wäre eine Contradictio in adiecto.«

Solche Auffassungen der Relation wie die Jellineks und Holds haben ihre Wurzeln in der Darstellung des Relationsbegriffes durch die psychologistische Logik Sigwarts: »Jede Relationsvorstellung setzt mindestens zwei als selbständig gedachte Beziehungspunkte voraus und faßt sie, während sie jedem für

[1]) a. a. O., S. 176.

[2]) Diese These und damit die Gleichsetzung von Staat und Recht ist eine der Grundlagen der Lehre Kelsens. Vgl. insbesondere sein letztes Werk »Der juristische und der soziologische Staatsbegriff«.

[3]) a. a. O., S. 16.

[4]) a. a. O., S. 17.

[5]) a. a. O., S. 20. Hold verlangt die Auflösung der juristischen Person in einzelne menschliche Beziehungen.

Digitized by Google

sich äußerlich bleibt, durch einen Akt des beziehenden Denkens zusammen [1]) . . . Die Relationsvorstellung setzt die Vorstellung von Dingen immer schon voraus [2]).« Wir betonen nochmals, daß wir unter Relation nicht die Anknüpfung an Vorhandenes, sondern ursprüngliche Setzung, »Spontaneität«, zu verstehen haben.

Entsprechend seiner Grundauffassung ergibt die Einteilung Sigwarts daher nur folgende Gruppen: räumliche und zeitliche, logische, d. i. Unterscheiden und Vergleichen, kausale und modale Relationen. Es ist klar, daß keine dieser Beziehungen das trifft, was das Wesen der rechtlichen Relation, die Verknüpfung von Rechtsvoraussetzung und Rechtsfolge ausmacht [3]).

So konnte freilich Löwenstein, der bei seiner Untersuchung des Rechtsbegriffes als Relationsbegriff von dieser Einteilung ausgeht, das Recht in keiner Gruppe unterbringen, und er gesteht selbst, daß »die Abhandlung mehr darüber Auskunft gibt, was die Jurisprudenz nicht ist, als was sie ist [4])«. Es scheint ihm zwar »keines tiefgründigen philosophischen Studiums zu bedürfen, daß alle Rechtsbegriffe Produkte einer Denkarbeit sind, in welcher die Vorstellung einer Beziehung vollzogen wird [5])«, aber nun »gilt es die Punkte zu finden, von denen aus die Beziehungen geknüpft und die miteinander verbunden werden müssen [6])«; diese hat er freilich nicht gefunden, konnte sie nicht finden, weil die Fragestellung verkehrt ist.

Und auf genau derselben Basis bewegen sich die Bemerkungen Somlós [7]): »Freilich weist der Relationsbegriff selbst auf den Dingbegriff zurück, da jede Relation mindestens zwei Wesenheiten voraussetzt, die in Relation stehen . . . dasjenige,

[1]) Logik, I., 3. Aufl., S. 853.

[2]) S. 46.

[3]) Erstaunlich ist es, daß Sigwart die Äquivokation des relativen Begriffes und der ihn erfüllenden Tatsache gesehen hat, ohne tiefer einzudringen. »‚Ein Reiter zu Fuß' ist ein lächerlicher Widerspruch, wenn ich mit ‚Reiter' den Mann bloß bezeichnen will, so lange er zu Pferde sitzt. Bezeichne ich aber damit den Mann, der in der Reiterei dient, so ist es eine ganz selbstverständliche Sache, daß er auch zu Fuß geht« a. a. O., S. 46.

[4]) Der Rechtsbegriff als Relationsbegriff, S. 15.

[5]) S. 18.

[6]) S. 23.

[7]) a. a. O., S. 518.

Digitized by Google

was durch ein solches In-Beziehung-gesetzt-sein zu einem Rechtsobjekt (in diesem Sinne) wird, muß aber doch ein Ding sein, somit muß der Dingbegriff natürlich doch seine gute Bedeutung fürs Recht behalten.«

Auch Binder ist hier zu nennen. Mit Energie rückt er den Relationsbegriff in den Vordergrund [1]). »Die Philosophie hat es längst als ihre Aufgabe erkannt, Dingbegriffe in Relationsbegriffe umzusetzen . . . Gerade so hätte der Jurist Veranlassung gehabt. zu prüfen, ob er nicht statt mit Dingbegriffen besser mit Relationsbegriffen operieren würde . . . Dinge als solche interessieren das Recht nicht; alles, was rechtlich von Bedeutung ist, besteht in der Beziehung von Menschen zu Menschen oder zu den Rechtsobjekten [2]) . . .« Schon die letzten Worte zeigen, daß die Untersuchung vom richtigen Wege abbiegt. Und wirklich ist Binders Stellung trotz seines von der herrschenden Lehre so weit entfernten Ausgangspunktes methodisch nicht verschieden vom herrschenden Empirismus; er sieht das subjektive Recht als eine »Macht« an, ein »Handelnkönnen, insofern die Rechtsordnung sich dem Berechtigten zur Verfügung stellt, um seinen Willen innerhalb der Grenzen seiner Rechtssphäre gegen Widerstrebende durchzusetzen [3])«.

Wir halten weitere Bemerkungen zu diesem Punkt für überflüssig, auf andere wichtige Theorien Binders kommen wir jedoch noch zurück.

Endlich müssen wir den Vertretern der Relationstheorie Radbruch zuzählen, wenn auch der Ausdruck Relation und die damit verbundenen Termini in seinem Werk nicht vorkommen; aber es fehlt nur der Ausdruck und der Anschluß an die Philosophie; sachlich decken sich seine vortrefflichen Ausführungen durchaus mit der von uns vertretenen Meinung, und Radbruch hat auch die bedeutsamen Konsequenzen, die sich aus dieser Auffassung für die Systematik ergeben, gezogen, was wir uns leider in dieser Arbeit versagen müssen. Wir wollen nur eine charakteristische Stelle zitieren: »Tatbestände und Rechtsfolgen sind . . . klassifiziert, die Aussage des Rechtssatzes über das Bedin-

[1]) Problem der juristischen Persönlichkeit, S. 51.

[2]) a. a. O., S. 48 f.

[3]) a. a. O., S. 38.

Digitized by Google

gungsverhältnis zwischen ihnen aber ist unklassifiziert geblieben ... Es bleibt unverständlich, wie ein System der Tatbestände einer-, der Rechtsfolgen andererseits im Begriffe des objektiven Rechtes gipfeln soll ... Trifft sich mithin die Klassifikation der Tatbestände mit derjenigen der Rechtsfolgen nicht im Begriffe des objektiven Rechtes, so entfällt jedes Bindeglied zwischen ihnen und wir erhalten statt eines Systems deren zwei, die aber nichtsdestoweniger das Wesentliche, den Inhalt der Rechtssätze, nicht in sich aufgenommen haben[1].« Es ist klar, daß das »Bedingungsverhältnis« nichts anderes ist als die Relation und daß Radbruch an dieser Stelle die Verabsolutierung der relativen Begriffe mit vollem Rechte tadelt.

X.

Die Rechtsnorm als besondere Relation.

Die allgemeine Bestimmung des Rechtes als einer Relation kann uns jedoch nicht genügen; wir müssen versuchen, ein Kriterium aufzufinden, wodurch sich die Rechtsrelation von anderen Relationen unterscheidet. Betrachten wir daher genauer die Verknüpfung von Rechtsvoraussetzung und Folge:

Wir haben uns bereits der Ausdrucksweise bedient, daß auf Grund des Tatbestandes, der Rechtsvoraussetzung die Rechtsfolge einzutreten habe, gesollt sei. Das Sollen also ist es, das die Brücke zwischen Rechtsvoraussetzung und Rechtsfolge schlägt. Was Sollen hier besagt, werden wir sogleich näher kennen lernen. Jedenfalls haben wir aber schon durch die Auffassung der Rechtsnorm als einer Sollrelation Probleme ausgeschaltet, die Anlaß zu Bedenken hätten geben können.

Beim ersten Anblick scheint es nämlich, als könnten von dem gegebenen Tatbestand, der Rechtsvoraussetzung, aus Rechtsfolgen nach verschiedenen Richtungen und in verschiedenen Arten ausstrahlen. Zum Beispiel: wenn jemand Eigentum erworben hat, darf er seine Sache genießen, oder: er kann die Sache veräußern, oder: er kann bei Verletzung Klage erheben, oder vielleicht: alle Rechtsgenossen sollen sein Eigentum achten usw. Auf dieser Sachlage beruht die bekannte Einteilung der

[1]) Das Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, S. 24.

Digitized by Google

»Rechtsnormen« in gewährende, gebietende und verbietende und ähnliche Einteilungen. Aber in all diesen Normen muß doch etwas liegen, was sie alle zu Rechtsnormen macht; würden diese Sätze ganz verschiedene Relationen beinhalten, wo wäre dann die Einheit des Rechtes selbst? Wir müssen sozusagen den gemeinsamen Nenner aller dieser scheinbar verschiedenen Sätze suchen, um von dem Rechte und der Rechtsrelation überhaupt sprechen zu können.

Wir haben als gemeinsamen »Rechtsnenner« bereits das Sollen festgestellt, wobei wir heute wohl nicht viel Widerspruch finden werden. Auf das Sollen allein sind die scheinbar selbständigen Relationen des Könnens und Dürfens zurückzuführen, während eine umgekehrte Reduktion unmöglich ist. Solche Reduktionen sind in der Rechtswissenschaft bereits durchgeführt worden und auch wir werden sie an gehöriger Stelle vornehmen [1]).

Der Begriff des Sollens, den wir verwenden, muß aber durchaus freigehalten werden von allen Anlehnungen an andere Bedeutungen dieses vielfach äquivoken Wortes [2]); vor allem darf es nicht verwechselt werden und auch in keiner Hinsicht orientiert an der wichtigen Bedeutung des Sollens im ethischen Sinn. Freilich hat die Rechtswissenschaft ihren Sollensbegriff aus der Ethik Kants entnommen, aber mit diesem Begriff konnte sie auf ihrem Gebiete keine Erfolge erzielen. Das rechtliche Sollen ist ein rein formaler Begriff.

Wir sagen dies am besten mit den Worten Kelsens: »Um vielfachen Mißverständnissen zu begegnen, denen die von mir vertretene ‚normative' Auffassung des Rechtes ausgesetzt ist, bemerke ich ausdrücklich, daß das ‚Sollen' (oder die Pflicht), die Aussageform aller Rechtssätze, keinerlei psychologischen Sinn hat . . Das ‚Sollen' ist für mich der Ausdruck für den spezifischen, von dem Kausalnexus der Natur verschiedenen Funktionalzusammenhang der Elemente im System des Rechtes, das Sollen als Gegensatz zum Sein nur der Ausdruck für den Gegensatz des Rechtssystems zum System der Natur . . . Schließlich bemerke ich, daß der Begriff des Sollens . . . keinerlei materielle

[1]) Vgl. unten II. Teil, 1. Kap., III. Abschn.

[2]) Vgl. Emge, Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus, S. 32.

Digitized by Google

Bedeutung hat . . . es handelt sich um einen reinen formalen Begriff . . . Auf einen Ausdruck jenes eigentümlichen Gegensatzes, in dem die Rechtsordnung zu der Naturwirklichkeit des sozialen Lebens stehen kann (nicht muß) — das Recht sagt: wenn *a* ist, so ist *b*, die soziale Wirklichkeit sagt: es ist *a* und dennoch ist *b* nicht — kann unmöglich verzichtet werden, wenn der spezifische Sinn des Rechtes im Verhältnis zur sozialen Wirklichkeit erfaßt werden soll[1].« Wir können also statt des Sollens auch den neutralen, in der Mathematik gebrauchten Terminus Zuordnung verwenden. Wenn *a* ist, soll *b* . . ., bedeutet rechtlich nichts anderes als: *b* (die Rechtsfolge) wird *a* (der Rechtsvoraussetzung) zugeordnet, und das führt wieder zurück auf die Relation, denn Zuordnung ist Relation.

Genau dasselbe gilt vom Begriffe der Pflicht, den wir an Stelle des Sollens setzen können. Rechtliche Pflicht muß wie rechtliches Sollen rein formal gefaßt werden, ohne Rücksicht auf andere Bedeutungen. Der herrschende Pflichtbegriff dagegen ist empiristisch, psychologisch; er entspricht als Kehrseite dem Begriffe des subjektiven Rechtes, das als Wille oder Interesse aufgefaßt wird. Ich führe als Beispiele nur zwei Definitionen an: »Die Pflichtvorstellung entsteht, indem jemand eine an ihn sich richtende Norm als bindend, d. h. eben als Norm für seinen Willen ansieht. ‚Pflichtbewußtsein' und ‚sich gebunden wissen an eine Norm' ist ein und dasselbe[2].« Und: »Wie das subjektive Recht, so ist die Pflicht auf der psychologischen Tatsache des Willens basiert. Wenn das Gesetz eine Pflicht aufstellt, so wendet es sich dabei an den Willen des Menschen, indem es motivsetzend auf ihn einwirkt[3].« Wir wollen dagegen nicht erst die schon etwas banalen Einwände vorbringen, daß Verpflichtung unabhängig davon ist, ob der Verpflichtete sich gebunden weiß und ob er motiviert wird oder nicht.

Bedeutsame Opposition hat sich gegen die Verwendung des Pflichtbegriffs im Recht erhoben. »Die Pflicht ist kein juristischer Begriff; überall da, wo wir von den durch die Rechtsordnung

[1]) Souveränität, S. 9.

[2]) Bierling, Kritik der jur. Grundbegr. II., S. 34.

[3]) Tuhr, a. a. O., S. 96 f.

Digitized by Google

begründeten Pflichten zu reden gewohnt sind, handelt es sich in Wahrheit um etwas ganz anderes. Abzulehnen ist die allgemeine Kategorie der Untertanenpflichten; abzulehnen die kriminalrechtliche Pflicht, Delikte zu unterlassen, abzulehnen die zivilrechtliche Pflicht, Verbindlichkeiten zu erfüllen. In allen diesen Fällen handelt es sich in Wahrheit um Haftungen; um Haftungen vielleicht mit Leib und Leben, mit dem Vermögen, der Freiheit, der Ehre; um Haftungen, die so empfindlich in die Existenz des Haftenden eingreifen, daß sie häufig als Zwang zu bestimmtem Verhalten werden empfunden werden; aber die Rechtsnorm selbst greift weder zum unmittelbaren Zwang (Müssen) noch verkündet sie verpflichtende Gebote (Sollen). Weder das Müssen noch das Sollen sind brauchbare Rechtsbegriffe; es sind keine adäquaten Ausdrücke für rechtliche Gestaltungen: das Müssen nicht, weil es den Grundbegriff alles Rechtes aufhebt, die freie Persönlichkeit; das Sollen nicht, weil es an dem Imperativ fehlt, den alles Sollen voraussetzt[1]).« Pflicht ist eben kein juristischer Begriff, wenn darunter »Pflichtbewußtsein« verstanden wird.

Am Terminus Verpflichtung lassen sich deutlich die vielfachen Äquivokationen aufweisen, die wir an allen Relationsbegriffen finden. Verpflichtung bedeutet zunächst die Relation selbst, dann aber auch die durch die Relation gesetzten relativen Begriffe, das »Auf Grund« und das »Wozu« der Verpflichtung. Damit vermengt sich noch die Bedeutung von Pflicht als des Vertreters des »Wozu« der Verpflichtung; die zu erbringende Handlung, die die Pflichterfüllung darstellt, wird selbst zur Pflicht, ähnlich wie bei den erörterten Termini: Pactum, Contractus, Vertrag.

Indem wir uns nun auf die Ergänzungsbedürftigkeit des rechtlichen Sollens, der Pflicht einstellen, erhalten wir die endgültige Bestimmung der Rechtsrelation. Zunächst erfordert jedes Sollen, abgesehen von seiner Voraussetzung, seines »Auf Grund« ein Doppeltes: ein Sollsubjekt und ein Sollobjekt, d. i. einen Verpflichteten und den Gegenstand der Verpflichtung, die »Leistung«, das gesollte »Verhalten«. Beides ist nicht etwa im grammatischen Sinn zu nehmen, sondern im logischen; es sind relative Begriffe, die durch die Rechtsrelation gesetzt werden: Person und

[1]) Binder, Rechtsnorm und Rechtspflicht, Rede 1911, S. 14f.

Digitized by Google

Leistung[1]). Immer, wenn wir von Pflichten sprechen, sind die Fragen offen, wer verpflichtet ist, wozu und auf Grund welcher Voraussetzung. Noch immer ist aber dadurch die Rechtsnorm nicht voll bestimmt; man könnte ja einwenden, daß auch Forderungen der Ethik oder Sitte in derselben Weise formuliert werden können, etwa: auf Grund meines Benehmens ist er mir zu Dank verpflichtet; in diesem Satze sind alle bisher gestellten Anforderungen erfüllt, aber er ist nicht als Rechtssatz zu bezeichnen.

Wirklich steht beim Rechtssatz noch eine letzte Frage offen, durch deren Beantwortung sich erst der Rechtssatz im echten Sinne konstituiert. Das ist die Frage nach dem »Bei«; was folgt, wenn die Pflicht nicht erfüllt wird? So müssen wir also noch einen relativen Begriff als durch die Rechtsrelation gesetzt ansehen, die Sanktion. »Er ist auf Grund des Tatbestandes zur Leistung bei Sanktion (Strafe usw.) verpflichtet.« Das ist die Formel des vollen Rechtssatzes, sie deckt sich mit der Formel, die das Judikat ausspricht. Der Beklagte ist schuldig (= soll) die Leistung zu erbringen bei Exekution und anschließend der festgestellte Tatbestand.

Somit haben wir die vier rechtlichen Grundbegriffe aufgefunden: Tatbestand, Person, Leistung, Sanktion. Die Form des Rechtssatzes lautet: Wenn der Tatbestand vorliegt, soll die Person bei Sanktion die Leistung erbringen.

Wir wollen diese Begriffe durch Buchstaben bezeichnen:

T . . . . . A l S

Wir führen diese Buchstabenbezeichnung nicht in spielerischer Analogie zur Mathematik ein, sondern zunächst, um jeden Gedanken an Materiales sorgfältig fernzuhalten, denn schon das Wort »jemand« verleitet leicht dazu, als jemand nur den Menschen anzusehen. Dann aber greifen wir damit zurück auf den großen Plan Leibniz', einer Caracteristique universelle, für die wir auf dem Spezialgebiet des Rechts einen Beitrag liefern wollen, wenn auch die volle Durchführung der Zeichensprache in dieser Arbeit noch nicht möglich ist.

In signis spectanda est commoditas ad inveniendum, quae maxima est quoties rei naturam intimam paucis exprimunt et velut

[1]) Wir vollziehen damit eine wesensmäßig geforderte Erweiterung des Begriffes Leistung vom zivilistischen aus über das ganze Rechtsgebiet.

Digitized by Google

pingunt, ita enim mirifice imminuitur cogitandi labor[1]) und C'est le but principal de cette grande science, que j'ay accoustumé d'appeler Caracteristique, dont ce que nous appelons l'Algebre n'est qu'une branche fort petite. Car c'est la Caracteristique, qui .... nous apprend le secret de fixer le raisonnement et de l'obliger à laisser comme des traces visibles sur le papier en petit volume, pour estre examiné à loisir: c'est enfin elle, qui nous fait raisonner à peu de frais, en mettant des caractères à la place des choses, pour des-embarasser l'imagination[2]).

So beschreibt Leibniz seinen umfassenden Plan.

Der Begriff der Sanktion bedarf noch einer Erläuterung; wir sahen, daß sich die Sanktion auf die Nichterfüllung der Pflicht bezieht, eine Regel für diesen Fall erteilt. Die Nichterfüllung bildet also selbst wieder einen Tatbestand, an den die Sanktion eine neue Rechtsfolge schließt. Sanktion bedeutet demnach den Hinweis auf eine neue Norm, die sich auf die Nichterfüllung, das Unrecht bezieht. Der Zusammenhang der beiden Normen, die beide hypothetische Sätze sind, ist somit der, daß die Hypothesis des zweiten Satzes das kontradiktorische Gegenteil der Thesis des ersten Satzes darstellt (doch muß der Gegensatz nicht allein die Hypothesis erfüllen, es können weitere Bedingungen hinzutreten). Wir stellen die Formel auf:

T ..... A I S, non A I ..... B I S

Untersuchen wir noch, wie die Rechtsrelation sich in die üblichen Einteilungen der Relationen eingliedert. Man unterscheidet symmetrische, nichtsymmetrische und asymmetrische Relationen. Symmetrische Relationen sind umkehrbar. Daraus, daß die Beziehung R zwischen a und b besteht, ergibt sich, daß dieselbe Beziehung zwischen b und a besteht. Beispiel: $a = b$, daher $b = a$. Nichtsymmetrische Relationen lassen diesen Schluß nicht zu, asymmetrische verbieten den Schluß. Besteht die Relation R zwischen a und b, so kann nie dieselbe Beziehung zwischen b und a bestehen. Beispiel: $a > b$. Zweifellos ist die Rechtsrelation asymmetrisch. Ist einem Tatbestand eine Rechtsfolge zugeordnet, so kann niemals die Rechtsfolge als Tatbestand für den früheren Tatbestand, der nun Rechtsfolge werden müßte, fungieren.

[1]) Zitiert nach Couturat. La logique de Leibniz, p. 86.

[2]) Vgl. Couturat, a. a. O., S. 90.

Digitized by Google

Weiters: Transitivität einer Relation bedeutet, daß die Relation R zwischen a und c besteht, wenn sie sie zwischen a und b und b und c besteht. Beispiel: a = b, b = c, daher a = c. Wie steht es damit bei der Rechtsrelation? a ist Tatbestand für die Rechtsfolge b, b ist Tatbestand für die Rechtsfolge c, ist nun a auch Tatbestand für c? Darauf ist eine allgemeine Antwort nicht möglich. Beispiele: Auf Grund eines bestimmten Tatbestandes soll der Richter verurteilen; ist das Urteil aber rechtskräftig, so hat der Verurteilte zu erfüllen, gleichgültig ob der Tatbestand, auf Grund dessen der Richter verurteilte, wirklich gegeben war oder nicht, dieser erste Tatbestand ist also nicht Tatbestand für die zweite Rechtsfolge (die Urteilserfüllung); die Relation ist nicht »übergegangen«. Anderseits: Der untergebene Beamte führt einen Befehl seines Vorgesetzten aus (erfüllt die Pflicht, die für ihn auf Grund dieses Befehls bestand) und begründet dadurch wieder die Pflicht eines andern, z. B. des Staatsbürgers zur Steuerzahlung. Ist aber der Befehl des vorgesetzten Beamten nichtig, so fällt auch die Pflicht des Staatsbürgers weg. In diesem Falle ist also der erste Tatbestand auch Tatbestand für die zweite Rechtsfolge (wenn auch erst in Verbindung mit dem übrigen Tatbestand), so kann man von Transitivität in diesem Falle sprechen.

Eine andere Frage wäre, ob die rechtliche Zuordnung unter dem Typus one — one oder many — one, oder one — many fällt, oder ob all diese Möglichkeiten im Rechte vorliegen; die Termini sind einfach: im ersten erhält ein »Vorderglied« ein »Hinterglied,« also ein Tatbestand eine Rechtsfolge, im zweiten mehrere Tatbestände eine Rechtsfolge, im dritten ein Tatbestand mehrere Rechtsfolgen. Die letzte Möglichkeit besteht gewiß, z. B. auf Grund derselben Tatbestände verschiedene Pflichten beim Heere, wo jeder Posten seine besondere Aufgabe hat. Ob auch die zweite Möglichkeit besteht, wollen wir nicht entscheiden; wir kämen damit zu tief in die sehr schwierigen und ungelösten Fragen der disjunktiven Begriffsbildung[1]). Selbstverständlich erscheint auch der Typus one — one im Recht.

[1]) »Stellt a die konstitutiven Merkmale eines Begriffes vor und b diejenigen eines beliebigen anderen Begriffes, so kann man jederzeit die Form bilden: etwas das a oder b ist.« Husserl, VI. Unters., § 53, S. 165, 2.

Digitized by Google

Die Relationenreihe muß nicht mit der sekundären Norm abschließen; an die sekundäre Norm kann sich eine tertiäre schließen, die wieder mit der sekundären in derselben Weise verbunden ist, wie die sekundäre mit der primären, nämlich so, daß immer die Hypothesis der folgenden kontradiktorischer Gegensatz der Thesis der vorhergehenden Norm ist. Diese Reihe ist der Idee nach unendlicher Erweiterung fähig, tatsächlich freilich endet sie nach einigen Gliedern in einer lex imperfecta, also einer Norm, durch deren Nichterfüllung keine neue Norm eingeschaltet wird. Daneben aber besteht eine andere Möglichkeit, der »Relationenkreis«, die Relationenkette kehrt in sich selbst zurück. Das bedeutet: die Nichterfüllung einer der sanktionierenden Normen ist Tatbestand einer weiteren Norm die als Rechtsfolge den Tatbestand zugeordnet erhält, der als Rechtsvoraussetzung der primären Norm fungiert. Die den Wahlzwang betreffenden Normen lauten etwa: wenn die Wahlen ausgeschrieben sind und . . . , soll jeder Staatsbürger seine Wahlpflicht erfüllen; tut er das nicht, so soll ihn ein Staatsorgan strafen. Denken wir uns die Normenreihe fortgesetzt: tut es das nicht, so sollen Staatsorgane Neuwahlen ausschreiben. Die Ausschreibung der Wahlen ist wieder der Tatbestand der primären Norm. Es scheinen mir hier, abgesehen von dem etwas rohen Beispiel, praktische Möglichkeiten, insbesondere für das Staatsrecht vorzuliegen, von denen die Gesetzgebung noch wenig Gebrauch gemacht hat.

Durch die Stellung der Sanktion in der Rechtsrelation ist fest bestimmt, wann wir von Pflicht sprechen können. Eine Pflicht liegt dann und nur dann vor, wenn die Nichterfüllung selbst eine Rechtsfolge hat. Dabei ist es nicht notwendig, daß in der sanktionierenden Norm dieselbe Person verpflichtet erscheint oder dieselbe Leistung verlangt wird, die Elemente können frei variieren; wir werden diese Möglichkeiten noch genau verfolgen.

Man wird wohl kaum unsere Darstellung mit der Zwangstheorie verwechseln. Jede Zwangstheorie[1]) ist, ganz abgesehen von den Unklarheiten in der Abgrenzung des Begriffs Zwang, ihrem Wesen nach empiristisch, Zwang ist immer ein Bewirken,

[1]) Vgl. hiezu Kelsen, Hauptprobleme, S. 212 ff.

Digitized by Google

also kausal und kann als solches keine Stelle im Recht finden. Und die Zwangstheorie wäre auch nicht in der Formulierung aufrechtzuerhalten, daß in der sanktionierenden Norm der Verpflichtete der sanktionierten Norm als Objekt, passiv erscheint, daß sich die Leistung »gegen« ihn richtet wie etwa, wenn in der Real-Exekution ihm die Sache weggenommen wird. Bestimmt, um ein häufig von Kelsen gebrauchtes Beispiel heranzuziehen, das Gesetz, daß der Prinz nicht geschlagen werden dürfe und daß an seiner Stelle ein »Prügelknabe« geschlagen werde, so sind die Normen an den Prinz so sanktioniert, daß in der sanktionierenden Norm auch als »Objekt« ein anderer als der Prinz, der Verpflichtete der primären Norm erscheint.

All dies ist wohl im Auge zu behalten, wenn wir nun mit Hilfe der angegebenen Bestimmung der Pflicht in einem Exkurse eine Streitfrage entscheiden wollen, deren Lösung uns Gelegenheit geben soll, zu zeigen, daß für das Recht wirklich nur das formale Sollen in Betracht kommt und die Heranziehung materialer Elemente überflüssig ist und Verwirrung stiftet.

Es handelt sich um die Frage ob gewisse prozessuale Handlungen, vor allem das Erscheinen des Beklagten vor Gericht, wenn ihm die Klage mit Ladung zugestellt wurde, sein Antworten auf das klägerische Vorbringen, die Abgabe einer Erklärung über die Echtheit vorgelegter Urkunden usw. Verpflichtungen sind oder nicht.

Die erstere Auffassung wurde von Bülow[1]) heftig angegriffen. »Bei der Grundlegung zum ganzen Zivilprozeßsystem ist der Begriff der prozeßbegründenden Handlungen (der zur Constitutio judicii erforderlichen Tätigkeit) zu entwickeln .... Einst gehörte dazu das Judicium accipere, eine Einlassungserklärung des Beklagten. Jetzt ist dieselbe längst nicht mehr erforderlich.« »Und was auch sofort klar herausgesagt werden sollte: da sie nicht notwendig ist zum Zustandekommen des Prozesses, besteht auch keine rechtliche Pflicht mehr zur Einlassung. Es gibt nur ein Recht zur Einlassung, keine Einlassungspflicht und keinen Einlassungszwang[2]).«

[1]) Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 62.

[2]) a. a. O., S. 21 f.

Digitized by Google

Uns scheint jedoch die Schlüssigkeit hier zu fehlen. Wir müssen zwei verschiedene Funktionen der Einlassungserklärung unterscheiden: das eine Mal wirkt sie als prozeßbegründende Handlung, also als Tatbestand einer richterlichen Pflicht, das andere Mal ist sie selbst Pflicht, steht also in der Rechtsfolge. Ist nun die eine Funktion weggefallen, so hat das keinen Einfluß auf die andere; denn die beiden gehören verschiedenen Normen an, sind unabhängig voneinander.

Wir mußten diesen Gedanken zunächst ausschalten, obwohl er nicht zu unserem Thema gehört, weil er einen wesentlichen Punkt der Begründung Bülows darstellt; wir beschäftigen uns damit nicht weiter.

Bülow stellt nun ein allgemeines Prinzip auf: »Es gibt überhaupt weder im Prozeßeinleitungsstadium, noch innerhalb des Prozesses ... einen ‚Ungehorsam' bezüglich einer der Partei obliegenden Handlung, keine Contumacia im echten römisch-rechtlichen Sinne, im Sinne einer prozessualischen Pflichtversäumniß. Es gibt nur ein Nichtgebrauchen, ein Versäumen und Verwirken von Parteihandlungsrechten, nur Rechtsversäumnisse. Keine Partei wird während des Prozesses deshalb, weil sie sich passiv verhält und das, was der Gegner vorbringt und das Gericht anordnet, ruhig über sich ergehen läßt, bestraft oder dazu gezwungen, aus ihrer Untätigkeit herauszutreten. Das wäre ja ein Zwang zur Widersetzlichkeit, eine Ungehorsamsstrafe wegen eines Ungehorsams der darin bestände, daß man zu geduldig ist! Eine solche Pflicht und ein solcher Zwang zur Widersetzlichkeit besteht glücklicherweise nicht[1].«

Hier tritt der Hauptgrund der Argumentation zu Tage: es ist Bülows Auffassung des Pflichtbegriffs: »Nirgends ist eine Pflicht ausfindig zu machen, nirgends eine auch noch so milde und indirekte Zwangs- oder Strafoperation!« Pflicht ist nur gegeben, wenn sich Zwang gegen den Verpflichteten kehrt. Was antwortet darauf die andere Partei?

Die Antwort, die Wach, der bedeutendste Vertreter dieser Richtung erteilt, bewegt sich auf dem methodisch gleichen

[1]) S. 60 f

Digitized by Google

Boden wie die Behauptungen Bülows[1]). Wach will den Pflichtcharakter der Handlungen dadurch erweisen, daß er einen auf sie gerichteten Zwang ausfindig macht. »Das Schweigen der Beklagten wird als Erfüllung der Erklärungspflicht behandelt, oder besser: Es wird gegen den Beklagten die Pflicht zum Rechtgeben zwangsweise realisiert, indem er, mag er Einlassung weigern oder nicht, als Beklagter behandelt, in den Prozeß hineingezwungen wird[2])«. Da hätte freilich Bülow Recht wenn er meint: »Also wer seine Pflicht nicht erfüllt, trägt als Strafe oder als Erfüllungszwang den Vorteil davon, daß er die Pflicht nicht mehr zu erfüllen braucht! Ich frage, ob eine solche Strafe oder ein solcher Erfüllungszwang sonst erhört ist? Wird der Dieb, der das Gebot, fremdes Eigentum zu respektieren, verletzt, damit gestraft, daß das Gestohlene als nicht gestohlen, seine Eigentums-Respektierungspflicht als erfüllt gilt? Wird je ein Schuldner dadurch zur Erfüllung angehalten oder wegen Nichterfüllung dadurch in Buße genommen, daß dem Gläubiger gesagt wird, die Schuld gelte als bezahlt?[3])« Wir müßten ihm den Sieg zusprechen.

Versuchen wir nun auf dem methodisch gereinigten Boden die Frage zu entscheiden, so ergibt sich eine andere Antwort. Die in Betracht zu ziehenden Normen lauten: wenn Klage und Ladung dem Beklagten zugestellt wurden, soll der Beklagte vor Gericht erscheinen; tut er das nicht, so soll der Richter Versäumnisurteil gegen ihn fällen. Eine echte rechtliche Normenverknüpfung liegt vor uns. Die Nichterfüllung der primären Norm ist Tatbestand einer neuen Pflicht. Die Nichterfüllung steht unter Sanktion, es handelt sich um eine Pflicht, gleichgültig ob sich Zwang gegen den Verpflichteten kehrt oder nicht. So löst sich für uns die Frage einfach.

Verfolgen wir nun die Kontroverse in die Gegenwart, so sehen wir, daß die neu in die Diskussion geworfenen Argumente die Unklarheit nur vermehrt haben. Lassen wir zwei moderne

[1]) Defensionspflicht und Klagsrecht. Grünhuts Zeitschr. Bd. VI. S. 513 ff. u. S. 593 ff., Präclusion u. Contumaz ib., Bd. VII. S. 130 ff.

[2]) Bd. VI. S. 523.

[3]) a. a. O. S. 33.

Digitized by Google

Lehrer des Zivilprozeßrechtes zu Worte kommen: »Eine Verpflichtung zur Erklärung läßt sich schon deswegen nicht annehmen, weil jedenfalls die Bestreitung nur im Interesse der Partei selbst und keines andern, insbesondere nicht des Gegners gelegen ist. Man mag daher ... den Begriff der Last überall da anwenden wo eine Partei lediglich durch die Rücksicht auf ihr eigenes Interesse zu handeln genötigt ist, ihr Nichthandeln nur ihr und keinem andern Schaden bringen würde ... In den besonderen Versäumnisfolgen äußert sich ein vom Rechte geübter Zwang, der zur Erreichung des Prozeßzwecks notwendig ist. Dieser Zwang ist kein Erfüllungszwang, auch kein Strafzwang, sondern ein Zwang besonderer Art, den man Interessezwang nennen kann. Er ist ein bedingter Zwang; er besteht darin, daß, wenn eine Partei die an ihre Untätigkeit sich knüpfenden Folgen vermeiden will, sie zum Handeln genötigt ist; sie braucht aber nicht zu handeln, wenn ihr Interesse es nicht erfordert[1].« Ein anderer:[2] »Die Untätigkeit der Partei führt regelmäßig nicht zu einem Zwang gegen die Partei, in bestimmter Richtung zu handeln. Im allgemeinen wird vielmehr über die untätige Partei nur ein Nachteil verhängt, der ihre eigene subjektive Prozeßlage schädigt... Die Aufgabe des Prozeßbetriebes stellt also die Partei vor die Wahl, entweder in ihrem eigenen egoistischen Interesse zu handeln oder — durch Versäumnis — Nachteile für ihr Interesse auf sich zu nehmen. Wollte man dieses Verhältnis als Pflicht bezeichnen, so wäre das eine mißbräuchliche Verwendung dieses Begriffs. Eine Pflicht und einen Zwang zum Handeln stellt das Recht nur da auf, wo es das Handeln für objektive Zwecke des Rechts verlangt, nicht da, wo das Handeln nur als Mittel zu einem egoistischen Sonderzweck verlangt wird. Die Parteibetriebstätigkeit bringt die Partei vielmehr in eine Lage, wie sie auch sonst vielfach aus dem sozialen Zusammenleben und der Notwendigkeit, sich darin zu behaupten, folgt und sich allgemein nur als Gebundenheit, Last oder einfach Verantwortlichkeit kennzeichnen läßt.«

Doch genug dieser Einzelheiten, wir haben die zitierten Änderungen ihres typischen Charakters wegen wiedergegeben

[1]) Waismann, S. 339. Zivilprozeßrecht.

[2]) Schmidt, Zivilprozeßrecht. I., S. 350 f.

Digitized by Google

und wollen sehen, was aus ihnen zu lernen ist. Übertragen wir die Kennzeichnung der prozessualen »Lasten« auf ein weiteres Gebiet, so müssen wir beobachten, daß genau dasselbe für alle rechtlichen Pflichten gilt. Ist denn nicht jeder »Zwang« »bedingter Zwang«? Auch die zur Erfüllung des Vertrags verpflichtete Partei ist nur »zum Handeln genötigt, wenn sie die an ihre Untätigkeit = Nichthandeln sich anschließenden Folgen vermeiden will«. Auch sie »braucht nicht zu handeln, wenn ihr Interesse es nicht erfordert«. Man denke nur an die uns so naheliegenden Beispiele der Nichterfüllung von Verträgen während der Kriegszeit, wo das »Interesse« zu liefern geringer war als der Verkauf an einen andern zu höherem Preis. Und weiter: Hat die Nichterfüllung eines Vertrags, sofern nicht »Erfüllungszwang«, sondern nur Entschädigung ihre Konsequenz ist, etwas anderes zur Folge als »die Verhängung eines Nachteils«? Auch die Vertragspartei steht vor der »Wahl, entweder in ihrem eigenen egoistischen Interesse zu handeln oder Nachteile auf sich zu nehmen«. Und freilich ist dies eine »Lage, wie sie auch sonst vielfach aus dem sozialen Zusammenleben und der Notwendigkeit sich darin zu behaupten, folgert«, nämlich: es ist genau dieselbe Lage, wie bei der rechtlichen Pflicht überhaupt.

Nun wird uns das bedeutsame Denkmotiv, das in den Ausführungen Bülows und seiner Anhänger wirkt, klar. Bülow ist der Vorläufer Binders, der den kühnen Satz in die Welt geschleudert hat: »Das Recht verpflichtet rechtlich zu nichts[1]«, wir müssen hinzusetzen: wenn Pflicht im materialen und empirisch-psychologischen Sinn verstanden wird. Und es ist durchaus begreiflich, daß diese Einsicht zunächst auf dem Gebiete des Zivilprozeßrechtes sich durchdrang, das nicht in derselben Weise wie die anderen Rechtsdisziplinen vor allem das Strafrecht mit ethischen Rücksichten, Billigung und Mißbilligung belastet ist.

Unrichtig sind daher Unterscheidungen wie die Somlós[2]: »Die Pflicht ist erst die Folge eines Normwillens in Bezug auf das Verhalten eines Adressaten ohne Rücksicht auf seine Zustimmung. Solange es dem Untergebenen freigestellt ist, entweder ein bestimmtes Verhalten zu bekunden oder irgend einen Nach-

[1]) Rechtsnorm und Rechtspflicht. S. 22.

[2]) a. a. O., S. 438.

Digitized by Google

teil auf sich zu nehmen, liegt keine Verpflichtung zu dem betreffenden Verhalten vor . . . Eine Rechtspflicht entsteht erst dann, wenn die Verhängung jenes Nachteils der Ausdruck eines Befehls ist.« Diese Unterscheidung liegt nicht mehr im Gebiete der Rechtswissenschaft; dem Juristen, vor allem dem Richter ist es gänzlich gleichgültig, ob ein Befehl vorliegt oder nicht; er fragt nur, ob er die Rechtfolge, den »Nachteil« zuzuordnen hat oder nicht.

So löst sich, um noch ein konkretes Beispiel anzuführen, das vielumstrittene Problem der rechtlichen Natur des Verlöbnisses. Die Normen lauten: Wenn jemand ein Verlöbnis eingegangen ist, soll er die Ehe schließen; tut er es nicht, so wird er schadenersatzpflichtig. Er ist aber verpflichtet, die Ehe zu schließen, auch wenn die sanktionierende Norm eine andere Leistung verlangt als die primäre, es ist der gleiche Fall wie beim Fixgeschäft; auch hier tritt bei Nichterfüllung Verpflichtung zum Schadenersatz ein, die Verpflichtung zur Lieferung ist weggefallen [1]).

Wir haben zum Schluß noch zu bemerken, daß hinsichtlich des Verhältnisses von Recht und Pflicht die Sachlage dieselbe ist wie im Verhältnisse von Können und Sollen; jedes Recht erfordert seine Pflicht, aber nicht jeder Pflicht entspricht ein Recht, dies wird ganz klar werden, wenn wir den Begriff des subjektiven Rechtes gewonnen haben werden. Die rechtliche Zuordnung derart zu fassen, daß dem Tatbestand ein Recht als Folge zugeordnet wird, wie es Thöl mit radikaler Konsequenz durchgeführt hat, welche Auffassung auch heute noch, freilich meist verworren, mitwirkt, müssen wir daher ablehnen.

Auch im Terminus Recht liegen die uns bekannten, auf die Relation zurückgehenden Äquivokationen. Wäre das subjektive Recht vom objektiven so wesensverschieden, wie es die Willens- und Interessentheoretiker uns glauben machen wollen, so wäre es ganz unverständlich, wieso diese heterogenen Begriffe den gleichen Namen tragen, ist aber subjektives Recht, wie wir sehen werden, ein durch die objektive Rechtsrelation gesetzter relativer Begriff, dann wird der Sinn der Äquivokation verständlich.

[1]) Daß der Verkauf eventuell durch fristgerechte Anzeige auf der Lieferung bestehen kann, können wir selbstredend ausschalten.

Digitized by Google

XI.

Recht und Logik.

So haben wir die Aufgabe gelöst, die wir uns gestellt haben: wir haben die Grundbegriffe aufgewiesen, die aus dem Wesen des Rechts entspringen und werden im zweiten Teil die entsprechenden Sätze, die für das Recht überhaupt gelten, entwickeln. Und damit ist auch die Frage entschieden, die wir anschließend formuliert haben, ob nämlich diese obersten Grundsätze des Rechts sich auf andere Sätze zurückführen lassen. Die von uns dargestellte Rechtsrelation ist rein formal, sie gehört somit in die formale Region, d. i. die Logik. Und freilich, daß die Sätze der reinen Rechtslehre formal sein müssen, ist von Juristen oft genug behauptet worden, allein worin diese formale Natur der reinen Rechtslehre besteht, hat man sich nie völlig klar gemacht. Was besagt formal? Es genügt nicht diesen Begriff relativ zu fassen, so daß alle Sätze formal sind im Verhältnis zu jenen ihnen untergeordneten Sätzen, die sich nicht bloß mit Hilfe bloßer logischer Operationen ableiten lassen, sondern deren Ableitung die Zuhilfenahme eines Anschauungsgehaltes erfordert[1]; wir halten uns vielmehr an jenen strengen Sinn des Formalen, wie ihn Husserl aufgestellt hat[2], in dem er formale und analytische Sätze gleichsetzte und damit eine neue Umgrenzung des Analytischen gab, die das Wesen des Analytischen trifft und die auch die Klärung des von Kant angestrebten Begriffes darstellt: »Analytische Gesetze sind unbedingt allgemeine (und somit von aller expliziten Existenzialsetzung von Individuellem freie) Sätze, welche keine anderen Begriffe als formale enthalten . . . Analytisch notwendige Sätze . . . sind solche Sätze, welche eine von der sachlichen Eigenart ihrer Gegenständlichkeiten und von der eventuellen Faktizität des Falles, von der Geltung der eventuellen Daseinssetzung völlig unabhängige Wahrheit haben, also Sätze, die sich vollständig ‚formalisieren' lassen . . . In einem analytischen Satze muß es möglich sein, jede sachhaltige Materie bei voller Erhaltung der logischen Form des Satzes, durch die leere Form

---

[1]) Vgl. Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, Jahrbuch f. Phil. u. phän. Forsch., I. 2., S. 452 f.

[2]) Log. Unters., III., S. 254 f., 2. Aufl.

Digitized by Google

etwas zu ersetzen.« Diese Operation der Formalisierung ist genau das, was wir beim Übergang von einem vollen Rechtssatze zu einem Satze der reinen Rechtslehre vollziehen: jeder Sachgehalt (Anschauung) wird entfernt und nichts als die Form des etwas bleibt übrig.

Wenn wir nun sachgemäß formulieren: die reine Rechtslehre ist nur ein Teil der Logik, so wird das manchem anstößig erscheinen. Wir wollen daher dieses Resultat in zweifacher Hinsicht verteidigen, zunächst juristisch, dann aber durch Einstellung des Gedankens in einen größeren, den philosophischen Zusammenhang.

Wir verweisen vorerst auf folgendes: für die dogmatisch-juristische Betrachtung ist der Gesetzgeber in seinen Regelungen vollständig frei, mag er als sozialer Faktor, im Zusammenhang des sozialen Lebens stehend noch so sehr gebunden sein. Wir müssen ihn aus dem kausalen Verlauf des sozialen Geschehens herausheben, dann ist seine Leistung keine andere als die »Aufstellung« von Rechtssätzen und diese bedeutet nichts anderes als die Zuordnung von Rechtsfolgen zu Rechtvoraussetzungen. Welches die Gründe und Zwecke sind, die ihn bei der Auswahl des einander Zugeordneten geleitet haben, ob er die Rechtsfolgen gewollt hat usw., fällt nicht in den Rahmen der reinen Rechtslehre, die es mit dem rechterfassenden, nicht rechtschaffenden Akte zu tun hat, wenn hier auch die großen Aufgaben der Phänomenologie der Rechtserzeugung liegen; mit vollem Recht hat Reinach die rechtschaffenden Akte als »Bestimmungen« von den Akten getrennt, in denen wir einsichtig die apriorischen Grundlagen des Rechts erfassen.

In der eigentümlichen Aktivität der Zuordnung von Rechtsfolgen an Rechtsvoraussetzungen, dieser »Spontaneität« ist der Gesetzgeber frei; weil aber seine Leistung Zuordnung ist, ist sie an die Regeln dieser Zuordnung gebunden und diese Bindung bedeutet Bindung an die Regeln der formalen Logik.

Man darf daher auch nicht entgegenhalten, daß es »widersinnige« Sätze gibt, die den formalen Gesetzen Genüge leisten und diesen Sätzen den Rechtscharakter absprechen. Wir könnten wohl die Gegenfrage stellen, welcher »Widersinn« nicht schon als Recht gegolten habe. Die fundamentale Gemeinsamkeit der »sinnvollen« und »widersinnigen« Sätze, sofern sie den An-

Digitized by Google

forderungen der reinen Rechtslehre entsprechen, darf nicht übersehen werden.

Allein wir haben es gar nicht notwendig, auf solche Argumente einzugehen; der beste Beweis ist hier die Tat, d. i. der Aufbau der reinen Rechtslehre auf breitester Basis, wie wir ihn im II. Teil bloß mit Hilfe der formalen Logik vornehmen wollen. An dieser Stelle haben wir nur noch an einem Beispiel zu zeigen, daß die Auflösung der reinen Rechtslehre in die Logik nicht Revolutionäres ist, sondern der einfache Ausdruck der vorliegenden Tatsachen. Daß die Logik im Rechte eine bedeutende Rolle spielt, haben wir oft genug gehört; welche Rolle, wurde freilich nicht gesagt. Es läßt sich aber zeigen, daß alle Untersuchungen über die juristische Methode usw. nur verhüllte rein logische Untersuchungen sind. Die angeblich spezifisch juristische Methode ist die Logik. Wir werden dies an der berühmten Darstellung der juristischen Methode Iherings, die wohl auch heute noch die herrschende Lehre bildet, nachweisen.

Iherings »Theorie der Technik ist zwar einer Betrachtung des Römischen Rechtes entnommen, allein sie macht nichtsdestoweniger auf allgemeine Wahrheit Anspruch«. Denn »mit derselben apodiktischen Gewißheit, mit der man behaupten kann, daß die Grundsätze der mathematischen Methode für alle Zeiten unwandelbar dieselben bleiben werden, läßt sich ein Gleiches auch für die der juristischen Methode behaupten[1])«.

Wir bemerken hier vorsichtshalber, daß der bekannte Ausdruck »Rechtskörper« nicht wörtlich genommen werden darf, sondern daß er nichts anderes als Begriff bedeutet[2]). Niemals hat Ihering die Bilder, die ihm seine fast allzu üppige Phantasie eingab, an die Stelle der zu erörternden Begriffe gesetzt, sie sind ihm bloß Denkbehelfe.

Ihering führt aus: Die Aufgabe der juristischen Technik oder Methode bezieht sich auf die Praktikabilität oder formale Realisierbarkeit die »Leichtigkeit und Sicherheit der Anwendung des abstrakten Rechts auf die konkreten Fälle[3])«. Wie ist diese zu erzielen? Durch »quantitative und qualitative Vereinfachung«.

[1]) Geist des Röm. Rechtes, II. 2, S. 311, § 37. 4. Aufl.

[2]) Vgl. z. B. S. 344, wo die beiden Ausdrücke wechseln.

[3]) a. a. o., I., S. 51, II., 2, S. 325.

Digitized by Google

Auf diese beiden »Hauptzwecke läßt sich die gesamte Tätigkeit der juristischen Technik zurückführen«.

Dies ist die spezifisch juristische Methode, ganz anders muß es also wohl in der Naturwissenschaft liegen. Sehen wir näher zu: »In der Überwindung der extensiven und intensiven Mannigfaltigkeit der Dinge zum Zwecke der wissenschaftlichen Erkenntnis der Körperwelt sehen wir die Aufgabe des naturwissenschaftlichen Begriffs[1])«.

Die beiden Bestimmungen decken sich beinahe wörtlich. Verfolgen wir Iherings Darstellung weiter. »Die quantitative Vereinfachung bewirkt eine Verringerung der Masse des Stoffs, selbstverständlich unbeschadet der mit demselben zu gewinnenden Resultate. Ihr Gesetz ist: mit möglichst wenig, möglichst viel auszurichten; je geringer das Material, umso leichter und sicherer ist es zu handhaben. Ich nenne dies das Gesetz der Sparsamkeit und erblicke darin eines der Lebensgesetze aller Jurisprudenz.« Der Jurisprudenz?!

Einige Jahre nach der Herausgabe der ersten Auflage des »Geist des R. R.« erschien (1876) das Werk R. Avenarius: »Philosophie als Denken gemäß dem kleinsten Kraftmaß.« Das Prinzip der Ökonomie des Denkens, wie Mach es nennt, war als allgemeines wissenschaftliches Prinzip aufgestellt[2]). Wir werden wohl darauf verzichten müssen, dieses Prinzip als ein spezifisch juristisches anzusehen.

Und so können wir fortfahren: Nach Ihering gehören zu diesem Gesetz folgende Operationen:

»1. Die Zersetzung des Stoffs oder die Reduktion desselben auf seine einfachsten Bestandteile,

2. die logische Konzentration des Stoffs,

3. die systematische Anordnung des Stoffs[3]).«

Kann hier noch der leiseste Zweifel bestehen, daß es sich um nichts anders handelt als wissenschaftliche Methode überhaupt? Was Ihering schildert, ist das Vorgehen aller rationalen

[1]) Rickert, Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. S. 36, 1. Aufl.

[2]) Daß dieses Prinzip zur Begründung der Logik nicht ausreicht (vgl. die Kritik Husserls, Log. Unters. I., 9. Kap.) ändert natürlich nichts an dem hier Festzustellenden.

[3]) a. a. O., II. 2, S. 330.

Digitized by Google

Wissenschaft, deren Endziel die Axiomatisierung, wie wir sie oben angegeben haben[1]) ist. Dem entsprechen genau die von Ihering gezogenen Konsequenzen:

»Das Gesetz der Deckung des positiven Stoffs. Die positiven Rechtssätze sind die gegebenen Punkte, durch welche die juristische Konstruktion ihre Konstruktionslinie hindurchlegen muß[2]).« »Die Sätze des positiven Rechts sind also »rationell zu erklären[3])« d. i. auf Obersätze, deren Auffindung die Aufgabe ist zurückzuführen. Dieses Verfahren ist die »Transzendentale Methode«; wir führen nur eine der zahllosen philosophischen Parallelstellen an: »Um vom Problem zum bestimmten Gegenstand zu gelangen, muß man dasjenige finden, was an ihm die Rolle des Bestimmenden spielt. Dieses liegt allemal in den Gesetzen oder Prinzipien. Man muß also zunächst nach den Prinzipien suchen. Dieses Suchen wiederum kann in nichts anderem als einer schließenden Methode liegen . . . In solch einem Rückschließen geht alles Suchen nach den Prinzipien vor sich, in ihm besteht das Wesen der transzendentalen Methode[4]).«

Es ist wohl überflüssig, noch länger an diesem Punkte zu verweilen. Somit: Iherings juristische Methode ist Logik.

Der Weg, den die reine Rechtslehre hiemit einschlägt, ist der Weg, den die Mathematik bereits gegangen ist, indem sie sich mit der Logik vereinigte. Freilich ist diese umfassende Logik nicht mehr die Aristotelische, es ist die Logik im Sinne der Wissenschaftstheorie, der Scientia universalis Leibniz' und der reinen Mannigfaltigkeitslehre Husserls. »Es handelt sich um die systematischen Theorien, die im Wesen der Theorien gründen, beziehungsweise um die apriorische, theoretische nomologische Wissenschaft, die auf das ideale Wesen der Wissenschaft als solcher . . . Beziehung hat, also in einem tiefen Sinn: um die Theorie der Theorien, die Wissenschaft der Wissenschaften[5]).« Und damit erwächst die »Idee einer Wissenschaft von den wesentlichen Arten (Formen) von Theorien und den zugehörigen

---

[1]) Vgl. oben S. 3.

[2]) a. a. O., S. 371.

[3]) S. 374.

[4]) Nicolai Hartmann, Systematische Methode, Logos. Bd. III, 1912, S. 128.

[5]) Husserl, Log. Unters., Bd. I, S. 242, 2.

Digitized by Google

Beziehungsgesetzen[1])«. Hier werden die möglichen Theorien a priori erforscht.

Die reine Rechtslehre ist nur eine dieser möglichen Theorien; der besondere Relationenkalkül, den wir herausgestellt haben, ordnet sich dem allgemeinen Relationenkalkül ein und dieser wieder ist nur ein Teil des umfassenden Ganzen. So ist die reine Rechtslehre nur ein Spezialfall von Lehre, Theorie überhaupt. Und damit ist unserem Gedankengang sein Platz in der Entwicklung der Wissenschaft der Gegenwart angewiesen. Die reine Rechtslehre ist ein Teil des Zieles aller Wissenschaft, der Mathesis universalis und von hier aus werden die Linien zu verfolgen sein, die sie mit wichtigen anderen, heute freilich erst in den Anfängen befindlichen Wissenschaften verbinden, nämlich der formalen Axiologie und Praktik.

XII.

Mögliches und wirkliches Recht.

Die Sätze der reinen Rechtslehre sind charakterisiert als a priori und formal; a priori, wie alle Sätze, die von Wesen gelten und wir sprechen ja vom Wesen des Rechts, vom Recht überhaupt: »Als a priori bezeichnen wir alle jene .... idealen Sätze, die unter Absehen von jeder Art von Setzung eines Gegenstandes, auf den sie anwendbar wären, durch den Gehalt einer unmittelbaren Anschauung zur Selbstgegebenheit kommen[2]).« Wir finden hier Gelegenheit, an Kant anzuknüpfen, wobei es im Rahmen dieser Arbeit leider nicht möglich ist, alle Beziehungen unserer Problemstellungen und Lösungen zu denen Kants aufzudecken. Auch die »Grundsätze des reinen Verstandes« sind zugleich a priori und formal und da dasjenige »was mit den formalen Bedingungen der Erfahrung übereinkommt«, möglich ist[3]), können wir die reine Rechtslehre sinngemäß als Lehre vom möglichen Recht bezeichnen[4]). Alle jene Sätze also, die die aufgewiesene

[1]) a. a. O., S. 247.

[2]) Scheler, a. a. O., S. 447

[3]) Wir schalten alle Nebenbedeutungen des Kantschen Möglichkeitsbegriffes aus.

[4]) Insofern man freilich alles a priori, auch das materiale als Mögliches vor dem Wirklichen bezeichnen kann, wäre auch eine materiale reine Rechtslehre Lehre vom möglichen Recht.

Digitized by Google

Form haben, sind Rechtssätze, weil sie den Bedingungen der formalen Rechtslehre genüge leisten. Diese formalen Bedingungen stellen Leerformen dar, in die sich Sätze schmiegen müssen, um Recht zu sein; sie scheiden Recht von Nichtrecht.

Damit ist die Geltungssphäre der reinen Rechtslehre in unzweifelhafter Weise festgelegt; die Sätze der reinen Rechtslehre sind nicht historisch bedingt und durch Induktion gefunden, sie sind prinzipiell unabänderbar. Die Formalbegriffe werden nicht durch Aufsteigen zu höheren Gattungen aus den materialen gewonnen (Generalisierung), die formalen nicht durch Hinzutun von Merkmalen zu materialen determiniert; zwischen materialem und formalem läßt sich nicht auf so einfache Weise eine Brücke schlagen; die Operation, durch die das Formale aus dem Materialen herausgearbeitet wird, ist die erwähnte Operation der Formalisierung.

Unrichtig sind daher Darstellungen wie sie z. B. Etzbacher[1]) gibt: »Man kann drei Teile der Rechtswissenschaft unterscheiden. Der erste von ihnen umfaßt die Wissenschaften von einer Rechtsordnung .... Der zweite besteht aus den Wissenschaften von einem Rechtskreis .... Der dritte ist die allgemeine Rechtswissenschaft .... Das Verfahren der allgemeinen Rechtswissenschaft und das der besonderen Rechtswissenschaften ist genau dasselbe .... immer hat die Rechtswissenschaft einen durch Erfahrung gegebenen Stoff zu bearbeiten ..... entsprechend diesen drei Teilen der Rechtswissenschaft gibt es drei Arten von Rechtsbegriffen.« Formalisierung und Generalisierung werden nicht geschieden und daher wird auch übersehen, daß es sich nicht um dieselbe »Erfahrung« handeln kann.

Diese strenge Abgrenzung der Geltungssphäre wird freilich nur von wenigen Juristen ausgesprochen; die Mehrzahl ist viel »bescheidener«; ich nenne als Beispiel nur Thon, der im Vorwort meint: »Was ich darzutun suche und was ich glücklich wäre, dartun zu können ist allein, daß die Erscheinungen unseres heutigen Lebens zu einer Konstruktion des Rechts in der Art, wie ich sie versuche, mit Notwendigkeit drängen.« Allerdings ist diese Bescheidenheit nicht ernst zu nehmen, denn wenn Thon sein Werk mit der Bestimmung des Rechts als allgemeinen

[1]) Über Rechtsbegriffe, S. 39 f.

Digitized by Google

Willens beginnt, will er sich wohl kaum auf das heutige Recht beschränken[1]).

Den Vorwurf des Naturrechts wird man uns wohl nicht entgegenschleudern können. Wir haben ja alles Materiale, allen Anschauungsgehalt entfernt, die Leerformen sind selbst keine vollen Rechtsnormen, enthalten daher keine Satzung, keine Regelung. Alles Naturrecht aber ist material, gibt volle Rechtssätze. Formales Naturrecht[2]) wäre eine Contradictio in adiecto. Jede Einführung eines materialen Elements aber bringt Regelung, Satzung, also Naturrecht mit sich; gerade weil wir Naturrecht vermeiden wollten, mußten wir alles Materiale ausschalten.

Wir müssen an dieser Stelle Kritik üben an Reinach, der in anderer Weise den Fehler des Naturrechts umgehen wollte. Reinach schildert das Verhältnis der apriorischen Grundlagen zum positiven Recht folgendermaßen: »Daß das positive Recht seine Bestimmungen in absoluter Freiheit trifft ... ungebunden durch die Sphäre apriorischer Gesetze, welche wir im Auge haben, erkennen wir natürlich an. Das positive Recht kann nach Belieben abweichen von den Wesensgesetzlichkeiten, welche von den rechtlichen Gebilden gelten[3]).« Und andererseits: »Wie die Selbständigkeit des positiven Rechts der apriorischen Rechtslehre gegenüber, so müssen wir auch deren Unabhängigkeit gegenüber dem positivem Rechte auf das schärfste betonen[4]).« Ausdrücklich wird »der Grundsatz des Kantianismus«, daß alles Apriorische seine letzte Rechtfertigung nur finden kann, insofern es sich als das aufweisen läßt, was gewisse Fakten objektiver Kultur, wie Wissenschaft oder wohl auch Sittlichkeit, Kunst, Religion allererst möglich macht, abgelehnt; denn: wo ist die Wissenschaft, wo das kulturelle Faktum, durch deren Ermöglichung sie (sc. die apriorischen Grundlagen) erst ihre Gültig-

[1]) Es gibt auch solche Behauptungen, so ist z. B. Löning (Wurzel und Wesen des Rechts, S. 15) der Ansicht, daß die Imperativtheorie nur für die romanischen Völker zutreffe; eine völkerpsychologisch vielleicht berechtigte, juristisch aber unverständliche Stellungnahme, insofern so die Einheit des Rechts aufgehoben wird.

[2]) Nicht zu verwechseln mit dem durchaus sinnvollen von Lask geprägten Begriff »formelles Naturrecht«.

[3]) a. a. O. S. 6.

[4]) S. 7.

Digitized by Google

keit aufweisen sollen? auf das positive Recht und die positive Rechtswissenschaft darf man sich hier nicht berufen[1].«

Also positives Recht und seine apriorischen Grundlagen haben überhaupt nichts miteinander zu tun. Die »Grundlagen« haben somit gar keine Beziehung zu dem, was sie grundlegen. Da müssen wir uns doch die Frage erlauben, inwiefern diese »Grundlagen« Grundlagen sind[2].

Freilich kann sich Reinach mit dieser Lösung selbst nicht zufrieden geben und so versucht er es, doch eine gewisse Bedeutung der apriorischen Rechtslehre für das positive Recht hervorzuholen. So soll die apriorische Rechtslehre die Lücken des positiven Rechtes ausfüllen, sie entspricht der »Natur der Sache«. Dann macht sie den »Ontologismus« verständlich, der sich »überall kundgibt, wo in der positiven Rechtsentwicklung an dem Wesensgesetzlich Seienden — auch wenn es nicht sein soll — festgehalten wird[3].« Auf diese Weise will Reinach z. B. erklären, daß die — seiner Ansicht nach apriorisch unmöglichen — Versprechen zu Gunsten Dritter sich so lange nicht im positiven Recht durchzusetzen vermochten.

Solchen Auffassungen gegenüber wiederholen wir, daß es sich uns nicht um Begriffe und Sätze handelt, die in einem unklaren Verhältnis zum positiven Recht stehen, sondern wir wollen das, was wesensnotwendig im Rechtssatz liegt, darstellen.

Erinnern wir uns nun daran, daß wir als Träger der Rechtsnorm Tatbestände, das sind zeitliche Vorgänge, festgestellt haben, so erhalten wir einen neuen wichtigen Begriff, den des wirklichen Rechtes (der Terminus lehnt sich an Kant an). Werden die Leerformen der reinen Rechtslehre durch Tatbestände erfüllt, so erhalten wir wirkliches, andernfalls unwirkliches Recht. Es ist ja möglich, daß die Leerformen durch anderes Material, Gegenständlichkeiten anderer Art als Tatbestände ausgefüllt werden. Ein Satz zum Beispiel, dessen materialer Gehalt ist, daß auf ut der Konjunktiv folgt, ist kein Satz des wirklichen Rechts, auch wenn es gelingt, ihm die Form des Rechtssatzes zu erteilen.

[1]) S. 154.
[2]) Vgl. die treffliche Kritik Kantorowicz, Logos Bd. VIII, S. 111 ff.
[3]) S. 145.

Digitized by Google

Wohl aber kann ein solcher Satz umgeformt und auf Tatbestände bezogen werden: Wenn jemand ut nicht mit dem Konjunktiv setzt, soll er . . . Dann ergibt sich ein Satz des wirklichen Rechtes. Auf diese Weise wird es verständlich, wieso Sätze, die einen Sachgehalt aus beliebigen anderen Wissenschaften in sich haben, zu wirklichen Rechtssätzen werden können, daher also Rechtssätze, deren Sachgehalt nicht nur aus dem Wirtschaftsleben, sondern aus Religion, Grammatik, Ethik usw. stammt. So klärt sich auch das Verhältnis des Rechts zur Sitte. Die so oft versuchte inhaltliche Abgrenzung, so daß Sätze der Sitte und Rechtssätze verschiedenen Sachgehalt in sich tragen, ist prinzipiell unmöglich. Es kann jedoch der Sachgehalt der Sätze der Sitte in Rechtsformen umgegossen werden, vor allem tritt hiebei die Sanktion hinzu.

Unwirkliches Recht liegt auch dann vor, wenn die Rechtsvoraussetzung oder die Rechtsfolge »unmögliche Gegenstände«[1] enthält. Knüpft ein Satz des möglichen Rechts Rechtsfolgen an das Auftreten von Farbe ohne Ausdehnung oder eines viereckigen Kreises, so hätten wir einen unwirklichen Rechtssatz. Diese Unwirklichkeit ist jedoch zu trennen von der naturwissenschaftlichen Unmöglichkeit; der Anschluß einer Rechtsfolge an das Aufwärtsfließen von Wasser, die Erzeugung von Eisen und Holz, die Entdeckung eines goldenen Berges wäre wirkliches Recht. Und ebenso ist unser Begriff des wirklichen Rechts zu trennen von dem verwirklichtem Recht, d. i. einem solchen, das sich durchgesetzt hat, das befolgt wird.

Freilich will alles gesetzte Recht in diesem Sinn wirklich werden, es strebt seine Verwirklichung an. Wenn also Jellinek[2] meint: »Alles Recht soll gelten, das heißt die Möglichkeit besitzen, in den Erscheinungen verwirklicht zu werden. Was nicht Wirklichkeit gewinnen kann, soll niemals Gegenstand der Rechtsforschung sein«, so ist unter unwirklichem Recht dasjenige zu verstehen, was Jellinek etwas später als das politisch Unmögliche[3] bezeichnet. Diese Unmöglichkeit ordnet sich der naturwissenschaftlichen Unmöglichkeit ein. Denn alle Verwirklichung ist Sache von Wirkungen, daher der Kausalforschung und nur dieser zugänglich.

[1] Vgl. oben S. 10 den zweiten Sinn von Bedeutungslosigkeit.

[2] Allg. Staatslehre, S. 9.

[3] »Das politisch Unmögliche kann nicht Gegenstand ernsthafter juristischer Erwägung sein.«

Digitized by Google

Die Sätze, die mit den formalen Bedingungen übereinkommen, sind Sätze des möglichen Rechtes und das besagt in einer wesensmässig vollziehbaren Modifikation: sie können zu geltendem d. i. positivem Recht werden. Den Satz: alles Recht ist positives Recht, müssen wir ablehnen, sofern ihm nicht der Sinn erteilt wird: alles geltende Recht ist positives Recht, was freilich auf eine Tautologie hinauskommt, die nur dadurch Bedeutung erhielt, daß dieser Satz als Parole im Kampfe gegen das Naturrecht ausgegeben wurde. Der Umfang des möglichen Rechts ist weitaus größer als der des positiven, denn alle Sätze, die positives Recht werden können, gehören ihm an. Der Gesetzgeber oder überhaupt die »Rechtsquelle« (ein freilich hier nicht mehr anwendbares Bild) greift nur einzelne Sätze aus dieser Sphäre heraus und bekleidet sie mit Geltung. Oder um in der früheren Ausdrucksweise fortzufahren, der Gesetzgeber wählt das Material aus, mit dem er die Leerformen erfüllt. So weit und nur so weit reicht seine Macht, er kann nicht aus Nichtrecht Recht machen. Ebenso und aus denselben Gründen ist das wirkliche Recht umfangsgrößer als das positive. Versteht man allerdings unter positivem Recht nicht eine Art des Rechts überhaupt, sondern jede Äußerung des Gesetzgebers, stellt also die Bestimmung des positiven Rechts allein auf seine Setzung ab, dann müssen sich die Begriffe positives Recht einerseits und mögliches und wirkliches Recht andererseits kreuzen; denn Recht nach unserer Bestimmung ist ein besonderer Sinnesgehalt und nicht jede Äußerung des Gesetzgebers muß diesen Sinnesgehalt in sich schließen. So erklärt sich die Möglichkeit eines formellen »Gesetzes«, das nicht Gesetz in materiellem Sinn d. i. Rechtssatz ist.

Hat der Gesetzgeber eine Äußerung getan, die sich auf Begriffe und Sätze der reinen Rechtslehre bezieht, so stellt sie »unverbindlichen Gesetzesinhalt« dar, wie man seit Eiseles Abhandlung zu sagen pflegt. »In dem Wesen des objektiven Rechts sind gewisse Grundbestimmungen gegeben . . . Auch der Gesetzgeber steht nicht über diesen Grundbestimmungen, sondern sie stehen vielmehr über ihm[1]) . . . Diese Sätze gelten ohne jede positive Satzung und trotz einer solchen. Sie sind Lehrsätze, nicht Rechtssätze; Rechtswahrheiten betreffend die

[1]) Unverbindlicher Gesetzesinhalt, Archiv f. zivil. Praxis, Bd. 69, S. 278

Digitized by Google

Natur des objektiven Rechts, die erkannt sein wollen, nicht Rechtsbestimmungen, denen Folge geleistet werden soll [1]).« Es wäre instruktiv, auf die einzelnen Fälle einzugehen, die Eisele anführt, und die aus ganz verschiedenen Sphären stammen, wir müßten jedoch zu spezielle Untersuchungen führen, was an dieser Stelle unmöglich ist.

Diese Lehrsätze, Dogmen herauszustellen, den Linien nachzugehen, die durch das Wesen des Rechts vorgezeichnet sind, das ist die Aufgabe der reinen Rechtslehre. Und diese Aufgabe ist unvergleichlich größer als es nach dem Stande der heutigen Forschung scheinen mag. Die von uns aufgewiesene Relation mit ihren Grundbegriffen gibt ja nur das Grundschema an, aus dem nun durch bloße formal-logische Operationen eine unendliche Zahl von Formen abzuleiten sind. Der Bereich der reinen Rechtslehre beschränkt sich nicht auf jene wenigen Begriffe, die das Inventar der Lehren Stammlers und Somlós usw. bilden. All das, was heute in den methodisch ganz ungeklärten allgemeinen Lehren der einzelnen Rechtsdisziplinen behandelt wird, weist auf Themen der reinen Rechtslehre. Aus den Grundbegriffen müssen systematisch die Formen abgeleitet werden; wenn wir im II. Teil versuchen, eine Anzahl dieser Formen darzustellen, so wissen wir, daß damit nur die ersten Schritte getan sind und unsere Feststellungen erheben daher durchaus nicht den Anspruch, endgültig zu sein.

Aber wir erheben einen anderen Anspruch, nämlich den, daß wir hier nicht uns mit Problemen beschäftigen, die »dem Leben fern stehen«, sondern daß Untersuchungen dieser Art gerade für die Praxis von grundlegender Bedeutung sind. Wir wollen uns dafür auf die Autorität Iherings berufen. In seiner Abhandlung »Passive Wirkungen der Rechte« heißt es nach Aufzählung einzelner Fälle von passiven Wirkungen: »Wenn wir den obigen Fällen keinen Rechtssatz entnehmen können, was bleibt sonst übrig? Die Konstatierung eines Rechtsphänomens. Der Rechtssatz lehrt uns die rechtliche Notwendigkeit, das Rechtsphänomen die rechtliche Möglichkeit eines Vorgangs. Die Konstatierung eines bloßen Rechtsphänomens kann von wissenschaftlichem Wert sein, insofern sie uns nämlich von der Möglichkeit eines bisher für unmöglich gehaltenen Vorgangs überzeugt und uns damit von einem Vorurteil befreit, das der

[1]) S. 302.

Digitized by Google

Erkenntnis der Wahrheit im Wege stand[1].« Als Lehre von den Rechtsphänomenen hat Ihering die reine Rechtslehre bestimmt.

Damit gelangen wir zu einem wichtigen Punkt: Die reine Rechtslehre als Lehre vom möglichen Recht zeigt dem Gesetzgeber die möglichen Regelungen, die er treffen kann und zwischen denen er zu wählen hat; auf seine Wahl hat die reine Rechtslehre freilich keinen Einfluß. So ist die reine Rechtslehre ein Teil des Desiderates einer »Nomopoietik«, wie wir mit einem Ausdruck Kelsens sagen können. Sie zeigt gleichzeitig an, welche Leerstellen vorhanden sind, die der Gesetzgeber auszufüllen hat. Hat der Gesetzgeber z. B. die Absicht, die Zession in seine Rechtsordnung aufzunehmen, so weist die reine Rechtslehre darauf hin, daß hier zwei Pflichten in einem zu regelnden Konnex stehen, nämlich die Pflicht des Zessus und die des Zedenten und zugleich stellt sie die Möglichkeiten auf, wie etwa: der Zedent »haftet« so lange, bis der Zessus erfüllt hat (in der später dargelegten Terminologie hätten wir zu sagen: die Erfüllung der Norm, deren Pflichtsubjekt der Zessus ist, bildet einen unverträglichen Tatbestand zu der Verpflichtung des Zedenten) andererseits: der Zedent haftet überhaupt nicht für die abgetretene Forderung, um den extremen Fall zu nennen und dazwischen eine Reihe anderer Möglichkeiten. Alle diese Möglichkeiten aber sind rein formal und nicht zu verwechseln mit Überlegungen, die sich auf die möglicherweise eintretenden faktischen Verhältnisse beziehen. Als solche Lehre von den Rechtsmöglichkeiten stellt sich die reine Rechtslehre als eine juristische Mannigfaltigkeitslehre dar[2].

[1]) Jahrbücher f. Dogmatik, X, S. 471.

[2]) Diese Aufstellungen berühren sich in vieler Hinsicht enge mit den bedeutsamen Ausführungen Salomons, Grundlegung zur Rechtsphilosophie. »Wenn auch der Kreis der Gesetze verlassen werden muß, so darf man dennoch über die Sphäre der Gesetze nicht hinausgehen wollen; also müssen wir das Fundament, den logischen Untergrund der Gesetze suchen. Dies erkennen wir, wenn wir beachten, daß das Gesetz, indem es bestimmte Regelungen als gesetzmäßig statuiert, eine mögliche Entscheidung neben anderen möglichen Entscheidungen gibt, mit anderen Worten also einer einheitlichen Frage gegenübertritt. Den Beziehungspunkt nach dem wir forschen, erkennen wir in dem Begriffe des Rechtsproblems.« (S. 41.) . . . »Gegenstand der Rechtswissenschaft sind nicht die Lösungen, welche die Rechtsprobleme in diesem oder jenem Gesetzbuch oder bei diesem oder jenem Autor gefunden haben, sondern diese Probleme selbst. Rechtswissenschaft ist nicht eine Wissenschaft von den Rechtsnormen, sondern von den Rechtsproblemen.« (S. 43.)

Digitized by Google

II. TEIL.

Juristische Formenlehre.

I. Kapitel.

Der Tatbestand.

I.

A. Selbständige und unselbständige Tatbestände.

Was zunächst den Ausdruck Tatbestand betrifft, so sagten wir bereits, daß wir Rechtsvoraussetzung und Tatbestand als Synonyma ansehen. Der Ausdruck Tatbestand ist freilich äquivok, denn er wird auch zur Bezeichnung eines realen, zeitlichen Vorganges gebraucht. Ich glaube jedoch nicht, daß diese beiden Bedeutungen verwechselt werden können und ziehe es daher vor, den Ausdruck im Anschlusse an den festen juristischen Sprachgebrauch im Sinne von Rechtsvoraussetzung zu verwenden.

Daß nun der Tatbestand zu den Grundbegriffen des Rechts zu rechnen ist, ist in der letzten Zeit immer klarer geworden. Der Begriff, ursprünglich im Strafrechte ausgebildet, gewinnt auch in der Zivilistik mehr und mehr an Boden; eingehendere Untersuchungen des Tatbestandes als solchen, nicht etwa bestimmter positiv-rechtlicher Einzeltatbestände finden sich jedoch wenige. Hervorzuheben sind die Arbeiten Eltzbachers[1]) und Tuhrs[2]).

Die Begriffsbestimmung Eltzbachers lautet: »Der Tatbestand ist die bedingende Seite der Rechtsnorm«, die Tuhrs: »die Gesamtheit der Tatsachen, bei deren Vorliegen die Rechtswirkung eintreten soll, pflegt man mit dem ... Wort Tatbestand des Rechtssatzes zu bezeichnen.« Hiegegen ist kein Einwand zu erheben.

An dieser Stelle wollen wir einen Satz aufstellen, dessen strengste Befolgung Gebot ist. Es ist das sogenannte »juristische Kausalitätsgesetz«: keine Rechtsfolge ohne Tatbestand und dem entsprechend: keine Änderung einer Rechtsfolge ohne Änderung

[1]) Handlungsfähigkeit, S. 59 ff.

[2]) Allgemeiner Teil des B. G. B., II. 1., S. 4.

Digitized by Google

im Tatbestand. Prinzipiell ist jede Neuerscheinung in der Rechtswelt nur auf dem Wege über den Tatbestand möglich. Dieses Gesetz ist kein Analogon zur natürlichen Kausalität, wie es Zitelmann auffaßt, sondern es entspringt aus dem Wesen der Relation, es ist ein bloßes analytisches Urteil. Und aus dem Wesen des Korrelationsverhältnisses ergibt sich auch die Wahrheit des zweiten Satzes, der die Umkehrung des ersten darstellt: Änderung im Tatbestand bringt Änderung in der Rechtsfolge mit sich, wobei jedoch daran erinnert werden muß, daß Tatbestand nichts anderes ist als rechtlich relevanter Tatbestand und daß demgemäß die Änderung oder das Ende des natürlichen Tatbestandes ohne Einfluß in der Rechtsfolge bleibt. Dieses Gesetz ist bei allen folgenden Ausführungen wohl im Auge zu behalten. Der wirkliche Tod des Verschollenen z. B. ist rechtlich irrevelant, solange nicht die Todeserklärung erfolgt ist.

Die oben angegebene Bestimmung Tuhrs weist bereits auf die Möglichkeit der Spaltung des Tatbestandes hin. Ist der Tatbestand die Voraussetzung, also die notwendige und hinreichende Bedingung der Rechtsfolge, so können in ihm eine Reihe von notwendigen, jedoch nicht hinreichenden Bedingungen enthalten sein, deren Zahl in keiner Weise begrenzt ist. Wir bezeichnen diese als unselbständige oder Teiltatbestände, auch als Tatsachen im Gegensatz zu dem Volltatbestand oder selbständigen Tatbestand.

Es fragt sich nun in welcher Weise diese Tatbestände miteinander verknüpft sind. Man spricht hier meist von Gesamtheit (Tuhr), Komplex (Zitelmann), Inbegriff (Eltzbacher) u. ä.

Unsere Aufgabe besteht nun darin, zu zeigen, daß die Rede von Gesamtheit, Komplex usw. zur Klärung der Sachlage nicht genügt, sondern daß mehrfache Verknüpfungsformen der Tatbestände zu unterscheiden sind; die einzelnen Tatbestände liegen nicht bloß nebeneinander, sondern sind in ganz bestimmten, gesetzlichen Formen ineinander geschlungen. Damit wird es auch möglich, die Tatbestände systematisch zu ordnen, eine Aufgabe, die man bisher unter Hinweis auf die Fülle und Verschiedenheit der wirklichen Tatbestände abgewiesen hat. Die Ordnung aber, die wir vorzunehmen haben, ist ja keine Ordnung der wirklichen Tatbestände, sondern der leeren, möglichen Tatbestandsformen.

Digitized by Google

Es wird sich hierbei zeigen, daß eine solche Ordnung in keiner Hinsicht der Heranziehung eines materialen Prinzips bedarf, sondern daß die allgemeinen logischen Formen des Ganzen und seiner Teile, wie sie in ihren Grundzügen bereits von Edmund Husserl in der dritten logischen Untersuchung dargestellt sind, vollständig ausreichen.

Wir müssen zunächst den Terminus Inbegriff für den Volltatbestand ablehnen und für eine andere Rechtserscheinung in Anspruch nehmen. Ein Inbegriff[1]) umfaßt mehrere Tatbestände, ohne daß diese hiedurch zu einer höheren Einheit verschmelzen. Die einzelnen Tatbestände treten in keine nähere Beziehung, es findet eine bloße Summierung statt, demgemäß enthält auch die Rechtsfolge nichts anderes als die Summe der Rechtsfolgen der Einzeltatbestände. Die einzelnen Tatbestände können verschwinden, ohne daß dadurch die Rechtswirkungen der anderen beeinträchtigt wird, wie wenn z. B. zwei Personen mehrere Geschäfte miteinander abschließen, die voneinander gänzlich unabhängig sind.

Wir definieren nun die Unselbständigkeit im Anschlusse an Husserl[2]): »Unselbständige Tatbestände sind Tatbestände solcher Art, in Beziehung auf welche das Gesetz besteht, daß sie, wenn überhaupt so nur als Teile umfassender Ganze von gewisser Art existieren« (das heißt Rechtsfolgen haben). Denn Unselbständigkeit ist immer Unselbständigkeit in Bezug auf etwas. Nicht beliebige Tatbestände schließen sich zu selbständigen zusammen, sondern es liegen gewisse Gesetze vor, nach denen sich die Möglichkeit des Zusammenschlusses bestimmt. Welche Tatbestände in Verbindung treten können und die diesbezüglichen Gesetze, kann selbstverständlich die formale Rechtslehre nicht angeben, da sie eine materiale Differenzierung der Tatbestände nicht kennt.

An dieser Stelle findet die Lehre von der Bedingung ihren Platz in der formalen Rechtslehre. Die Bedingung fügt einen neuen Teiltatbestand zu den geforderten hinzu, der Tatbestand wird erweitert. Daß eine solche Erweiterung des Tatbestandes zulässig ist, in den »Willen der Parteien« gestellt wird, ist damit nicht gesagt, denn das gehört in die Sphäre des positiven Rechts.

[1]) vgl. Husserl, a. a. O., S. 282

[2]) a. a. O., S. 240.

Digitized by Google

Tatbestandsinbegriffe und Volltatbestände sind wohl zu unterscheiden; sie ergeben inhaltlich erfüllt, verschiedene Rechtsregeln. Das österreichische Strafgesetz z. B. bestimmt in § 35: »Hat ein Verbrecher mehrere Verbrechen begangen, welche Gegenstand derselben Untersuchung und Aburteilung sind, so ist er nach jenem, auf welche die schärfere Strafe gesetzt ist, jedoch mit Bedacht auf die übrigen Verbrechen zu bestrafen« und in § 44: »Besondere Erschwerungsgründe sind a) wenn mehrere Verbrechen verschiedener Art begangen, b) wenn eben dasselbe Verbrechen wiederholt wurde.«

Im Bereich des österreichischen Strafrechts ist also der Inbegriff von Tatbeständen d. i. Verbrechen ausgeschlossen und zwar sogar beim Zusammentreffen gleicher Tatbestände, der Wiederholung des Verbrechens. Beim Inbegriffe müßten die Rechtsfolgen nebeneinander bestehen, die Strafen mußten kumuliert werden.

Die Unselbständigkeit kann doppelter Art sein: absolut und relativ. Absolut unselbständig sind Tatbestände, welche überhaupt keine Rechtsfolge nach sich ziehen, die also überhaupt nur in einem sie mitumfassenden Volltatbestand erscheinen können. »Sie gleichen den Hilfszeitwörtern der Sprache, als welche nicht minder vor der Grammatik Zeitwörter sind und doch keine andere Aufgabe erfüllen, als Zeitwörter in ihrem Berufe zu unterstützen[1].«

Relativ unselbständig dagegen sind Tatbestände, welche zwar für sich eine Rechtswirkung haben, aber eine bestimmte Rechtswirkung anderer Art nur zusammen mit anderen relativ oder absolut unselbständigen Tatbeständen haben können; eine bestimmte Rechtsfolge anderer Art, denn wenn das Zusammentreffen eine bloße Rechtsfolgesummierung ergibt, so hätten wir einen Inbegriff vor uns.

Ich gebe zur Verdeutlichung einige Beispiele: Absolut unselbständig ist die mora. Mora als einen selbständig Rechts-

[1]) Lotmar Über Causa im Römischen Recht, S. 45. Die interessanten Ausführungen Lotmars in diesem Werke weisen, wenn man sie von ihrer psychologischen Einkleidung befreit, auf rein formale allgemein gültige Unterschiede hin. Die zitierte Stelle bezieht sich auf den von ihm geprägten Begriff der unselbständigen Rechtsgeschäfte und läßt sich, wie man sieht, auf unseren Begriff der unselbständigen Tatbestände anwenden.

Digitized by Google

wirkungen hervorrufenden Tatbestand gibt es nicht. Sie setzt immer einen Tatbestand voraus, der eine Verpflichtung begründet hat. Relativ unselbständig ist die Übergabe des Faustpfands zum Volltatbestand der Begründung des Pfandrechts. Denn auch die Übergabe ohne einen Pfandvertrag hat Rechtsfolge.

Wir erhalten damit den Begriff der Fundierung, von dem wir bereits an früherer Stelle Gebrauch gemacht haben, als wir über fundierte Akte sprachen. Die Definition lautet: »Kann ein als solches (also gesetzlich) nur existieren in einer umfassenden Einheit, die es mit einem m verknüpft, so sagen wir, es bedürfe ein a als solches der Fundierung durch ein m[1].«

Die Begriffe »unselbständig relativ zu« und »fundiert in« beziehen sich demnach auf dieselbe Sachlage, jedoch in verschiedener Weise. Im ersteren Falle erfolgt die Bestimmung mit Hilfe des Ganzen, hinsichtlich dessen die Unselbständigkeit besteht; im anderen Falle mit Hilfe des ergänzenden Teiltatbestandes, der selbst im gleichen umfassenden Ganzen unselbständig ist. Das eine Mal handelt es sich also um die Beziehung des Teiles zum Ganzen, das andere Mal um die Beziehung des Teiles zum nebenstehenden Teile, so wie man ein Kreissegment zum Kreis ergänzen kann, indem man es in den ganzen Kreis einstellt, oder das zum vollen Kreis fehlende Stück (Kreissegment) daneben legt.

II.

B. Einseitig und wechselseitig fundierte Tatbestände.

Der Begriff der Fundierung gestattet uns, noch eine weitere wichtige Unterscheidung zu machen. Fundierung kann nämlich gegenseitig oder einseitig sein, je nachdem die bezügliche Gesetzmäßigkeit umkehrbar ist oder nicht. Farbe ohne Ausdehnung ist ebenso unmöglich, wie Ausdehnung ohne Farbe, also wechselseitige Fundierung; ein Urteil dagegen muß auf Vorstellungen beruhen, die selbst nicht als Urteilsfundamente fungieren müssen, also einseitige Fundierung[2].

Das bedeutet für uns: Tatbestände sind einseitig oder wechselseitig fundiert. Bei einseitiger Fundierung tritt die Wirkung des einen unselbständigen Tatbestandes d. i.

[1]) Husserl, a. a. O., S. 261.

[2]) Vgl. Husserl, a. a. O., S. 265.

Digitized by Google

des fundierenden auch dann ein, wenn der fundierte Tatbestand nicht erbracht wird[1]). Erinnern wir uns an das Beispiel von der mora. Auf Grund eines Vertrags ist der Schuldner zur Leistung verpflichtet, das hat mit der mora weiter nichts zu tun. Dagegen ist diese in dem Vertrage fundiert. Oder: Die Wirkung der Eigentumsübertragung ist nach gewissen Rechten nicht bedingt durch das Zustandekommen eines auf sie gerichteten Kausalgeschäftes, z. B. des Darlehens. Das Darlehen dagegen ist nicht zustande gekommen, wenn nicht die Eigentumsübertragung der Darlehensvaluta erfolgte. Dabei ist noch zu beachten, daß der Darlehensvertrag selbst kein absolut unselbständiger Tatbestand ist, denn er verpflichtet zur Hingabe der Darlehensvaluta. Es ist zu unterscheiden zwischen dem Darlehen als einem durch ein Fundierungsverhältnis begründeten einheitlichen Ganzen und dem Darlehensvertrag als dem einen der dieses Ganze bildenden relativ unselbständigen Tatbestände. Hiebei ist es für uns gleichgültig, ob die Wirkung des fundierten Tatbestandes wieder rückgängig gemacht werden kann, wenn nicht der volle selbständige Tatbestand zustande kommt. Immerhin zeigt diese Möglichkeit, bereits die formale Struktur der condictio (sine causa) an.

Zu den wechselseitig fundierten Tatbeständen dagegen gehören diejenigen, bei welchen die Wirkung des fundierenden Tatbestandes bedingt ist durch den Eintritt des fundierten Tatbestandes. Das Fundierungs-

---

[1]) Dies sind die Fälle mit denen sich Lotmar hauptsächlich beschäftigt. Er nennt sie, da er sich nur innerhalb des Psychologischen bewegt, zusammengesetzte Willensäußerungen. Das von ihm gebrauchte Bild ist vielleicht dazu geeignet, die Sachlage anschaulich zu machen: »Bei jenen (nämlich den zusammengesetzten Willensäußerungen) kann im Gegensatze zu allen übrigen in der Willensäußerung eine Willensäußerung als Teil unterschieden werden. Dieser Teil als Tatsache, also als Teil des Tatbestandes steht nicht entgegen einem anderen Teile, sondern der ganzen Willensäußerung, er ist in den Augen des Rechts deren Voraussetzung, da seine Rechtswirkung vorbedingend ist. Denken wir (die Hilfe eines Simile sei erlaubt), eine Pyramide durch eine der Grundfläche parallele Ebene in der Mitte durchschnitten, so bildet diese Ebene die Grundfläche einer kleineren Pyramide. Ohne die kleine ist keine Pyramide vorhanden, eine Pyramide ist vorhanden, auch wenn der Teil des Körpers fehlt, der nicht zu der kleinen Pyramide gehört, die kleine ist ein Teil der ganzen Pyramide, die ganze zerfällt nicht in zwei Pyramiden, von Pyramiden stehen sich nur gegenüber die kleine, der Teil und die große, das Ganze. Mit der Pyramide vergleichen wir unsere zusammengesetzte Willensäußerung.« a. a. O., S. 26.

Digitized by Google

verhältnis ist hier also umkehrbar. Denn jeder Teilbestand ist zugleich fundiert und fundierend. Vor allem ist dies bei den absolut unselbständigen Tatbeständen der Fall.

Schwieriger liegt es bei den relativ unselbständigen Tatbeständen. Tritt ein solcher allein auf, so hat er ja seine Rechtswirkung. Er muß also in bestimmter Weise qualifiziert werden, um den Eintritt dieser Rechtswirkung zu verhindern und zu zeigen, daß er in diesem besonderen Falle in einem Verhältnis wechselseitiger Fundierung steht, also in einen anderen Volltatbestand hineingehört. Diese Qualifikation ist selbst wieder ein Tatbestand.

Ein Beispiel: Die Geltendmachung eines Rechtsmittels gegen ein Urteil hat aufschiebende Wirkung, d. h. ein Urteil, das durch den neuen Tatbestand der Berufung qualifiziert wird, erhält seine sonst sogleich eintretende Rechtswirkung erst mit der Erbringung eines neuen, im ersten fundierten Tatbestandes, nämlich der Bestätigung in der höheren Instanz.

Eine andere Gruppe dieser Tatbestände besteht in der Qualifizierung eines Tatbestandes durch Abhängigmachen von einer Bedingung[1]), welche Möglichkeit bereits angedeutet wurde. Nur bei Eintritt der Bedingung hat der bedingte Tatbestand seine Rechtswirkung.

Alle diese Tatbestandsstrukturen erfüllen, wie im Zuge unserer Untersuchung mit immer größerer Klarheit hervortreten wird, das gesamte Rechtsgebiet. So ist es z. B. möglich, daß das Gesollte, die Rechtsfolge selbst wieder als Tatbestand fungiert, Rechtsfolgen hat, und zwar entweder selbständig oder nur als unselbständiger Tatbestand. Beispiele: Die Pflichterfüllung des Richters, das Urteil, begründet wieder die Paritionspflicht; ähnlich bei sehr vielen Pflichten von Staatsorganen. Oder: Erst mit der Erfüllung seitens des zur Vorleistung Verpflichteten ist die Pflicht des anderen zur Leistung gegeben.

Weiters: Die Nichterfüllung ist selbst Tatbestand der sekundären Norm, jedoch fundiert im Tatbestand der primären Norm. Hiezu können weitere Bedingungen treten, z. B.: nicht die bloße Pflichtverletzung, sondern erst der Hinzutritt der Klage ist Tatbestand der entsprechenden sekundären Norm.

---

[1]) Vgl. Ähnliches bei Lotmar, S. 71 f.

Digitized by Google

Wir haben nun, bevor wir in diesen Ausführungen weitergehen, noch zu erwähnen, daß der Begriff der Selbständigkeit und Unselbständigkeit in einem der Intention nach ähnlichen Sinn wie bei uns in der Literatur an zwei Stellen auftaucht, bei Ihering und Unger; wir wollen die Begriffe Iherings näher betrachten.

Ihering meint:[1] »Auf dem Wege der logischen Zergliederung vollzieht sich innerhalb des Rechts eine Scheidung seiner Bestandteile, indem die allgemeinen Gedanken, die historisch zuerst am Konkreten und Speziellen zur Existenz gelangen, sich nach und nach von dieser Verbindung lösen und die ihnen zukommende abstrakte Gestalt gewinnen. Der Rückstand an Rechtssätzen, der übrig bleibt, nachdem sie sich von ihm zurückgezogen haben, gehört ausschließlich diesem speziellen Verhältnis an ... Die Rechtssätze der zweiten[2] Art schließen sich nach Maßgabe des Zwecks, auf den sie sich beziehen, zu einheitlichen Gestaltungen, Begriffen zusammen, die als solche ohne Wirkung irgendwelcher anderer Begriffe konkrete Gestalt annehmen können, während die Rechtssätze der andern Art oder die Begriffe, die aus ihnen gebildet werden, diese Fähigkeit nicht besitzen, vielmehr in und an den Begriffen der ersteren Art ihre Verwirklichung erlangen. Erstere bezeichne ich aus diesem Grunde als selbständige, letztere als unselbständige Rechtskörper. Beispiele der ersteren Art: Kaufkontrakt, Wegegerechtigkeit, Testament. Beispiele der zweiten Art sind: Irrtum, Nichtigkeit, Mora. Ein Irrtum als solcher, das heißt unabhängig von einem konkreten Rechtsverhältnis, eine Mora als solche, das heißt ohne Beziehung auf Obligation kann praktisch (?) gar nicht vorkommen ... Die abstrakten Elemente besitzen eine viel größere Anwendbarkeit, weil sie nicht an ein einzelnes Verhältnis gebunden sind. Irrtum bei Kontrakt, Tradition, Zahlung, Legat ... die selbständigen hingegen betreffen immer nur ein ganz spezielles Verhältnis, sie sind räumlich fixiert, lokalisiert.«

Der Ausdruck Rechtskörper kann uns freilich nicht mehr verwirren; wir wissen, daß darunter einfach Rechtsbegriffe ver-

[1]) Geist des Röm. Recht, II. 1, S. 344 ff.

[2]) Im Original: der ersten, mit Bezug auf die nicht zitierte Zwischenstelle.

Digitized by Google

standen werden[1]). Der Begriff der Unselbständigkeit aber ist nach den zitierten Angaben ganz unklar und umfaßt die Unselbständigkeit ganz verschiedener Sphären. Es wird für uns instruktiv sein, die hier miteinander vermengten Gedanken reinlich zu scheiden.

Der erste Begriff von Unselbständigkeit, den Ihering im Auge hat, ist der der Unselbständigkeit der Gattung gegenüber der Art[2]). Die einzelne, konkrete Erscheinung kann nicht als Vertreterin der bloßen Gattung erscheinen, sie muß einer der dieser Gattung unterstehenden Arten angehören. Der einzelne Hund z. B. ist nicht Hund überhaupt, sondern Pudel oder Spitz usw. Ebenso liegt es nun im Verhältnis von Sätzen wie: Wer schuldhaft Schaden anrichtet, soll Schadenersatz leisten und: Wer dolos Schaden anrichtet, soll vollen Schadenersatz (damnun emergens und lucrum cessans) leisten; wer culpos, nur damnun emergens. Jeder einzelne schuldhafte Schaden muß also unter eine dieser Gruppen fallen. Ebenso im Verhältnis von Vertrag und seiner Abarten[3]), überhaupt im Verhältnis der ausgeschiedenen »abstrakten« gegenüber den »konkreten« Rechtssätzen.

Zweitens: Die Selbständigkeit und Unselbständigkeit in der Sphäre der Natur. Darauf deutet insbesondere die Angabe, daß die selbständigen Rechtskörper räumlich fixiert, lokalisiert sind. Ein Kaufvertrag als soziale Erscheinung gehört freilich der Welt der Natur an und ist in ihr ein Konkretum, selbständig gegenüber seiner natürlichen Umgebung, wie schon daraus erhellt, daß diese beliebig wechseln kann. Ein Irrtum dagegen ist immer Irrtum in etwas, ein Irrtum an sich ist unmöglich. Aber Ihering begeht den bekannten, empiristischen Fehler, die natürliche Unselbständigkeit in eine rechtliche umzudeuten. Oder was soll es sonst heißen, daß ein Irrtum »unabhängig von einem konkreten Rechtsverhältnis nicht vorkommen kann?« Es kann gewiß ein Irrtum allein ganz wohl ausreichend sein, Strafe zu begründen, ohne daß ein konkretes Rechtsverhältnis vorliegt. Und im Falle des Kaufvertrages: Was im sozialen Sinne Vertrag ist, muß durchaus nicht bereits rechtlich relevant sein. Es könnte z. B. jeder Kaufvertrag behördlicher Genehmigung bedürfen usw.

[1]) Vgl. oben S. 82.

[2]) Vgl. Husserl, Ideen, § 16, S. 30.

[3]) Vgl. Schloßmann, Vertrag, S. 10.

Digitized by Google

Drittens: Die Unselbständigkeit in dem von mir angegebenen Sinn. So wird das Beispiel von der mora richtig verwendet.

Viertens: Auch die Möglichkeit, daß der gleiche fundierte Tatbestand sich auf verschiedene fundierende stützt, z. B. der Irrtum als unselbständiger Tatbestand relativ zu Kontrakt, Testament usw. spielt herein.

Fünftens: An späterer Stelle tritt noch eine neue Bedeutung auf: »Die erste Aufgabe bei der Untersuchung des juristischen Körpers besteht in der Frage: Was ist er, ist er ein selbständiger Körper oder läßt er sich auf einen anderen zurückführen? Es wiederholt sich hier für uns das Gesetz der juristischen Analyse, keinen Körper als selbständig anzuerkennen, der sich aus einem oder mehreren anderen herstellen läßt[1].« Unter selbständigem Rechtskörper wird hier somit ein solcher verstanden, der nicht mehr in unselbständige zerlegt werden kann.

Alle diese Unterschiede liegen in dem Iheringschen Begriffe durcheinander und so kann es nicht Wunder nehmen, daß diese Anregung nicht weiter beachtet wurde.

III.

Die Rechte des Könnens und Dürfens und der rechtsfreie Raum; Kelsens Rechtssatzform.

Wir können jetzt auch die Aufgabe lösen, die wir an früherer Stelle[2]) aufgeschoben haben, nämlich die Rückführung der scheinbar selbständigen Rechtsrelationen des Könnens und Dürfens auf den gemeinsamen Rechtsnenner des Sollens.

Das Können oder Kannrecht ist nur ein Tatbestand, meist ein unselbständiger. Denn es gibt eine Bedingung an, unter welcher eine Rechtsfolge einzutreten hat. Mit voller Klarheit hat Thon dies in seinen vorzüglichen Ausführungen über Befugnis und Rechtsgeschäft[3]) dargestellt: »Die Gewährungen sind selbständige Rechtssätze nicht, sie bestimmen nur die Vorbedingungen für den Eintritt oder das Ende gewisser Imperative[4]).« (Wir müssen statt Imperativ Rechtsfolge sagen.)

[1]) a. a. O., S. 363.

[2]) vgl. oben S. 67.

[3]) a. a. O., VII. Abschnitt.

[4]) a. a. O., S. 328.

Digitized by Google

Konstruiert man Kannrechte in selbständigen Rechtssätzen, so versucht man damit zwischen den einzelnen Bedingungen des Tatbestandes eine neue Relation einzuführen und diese in einem hypothetischen Urteil auszudrücken: »Wenn Eigentum erworben ist, kann . . .« Z. B. der Eigentümer kann veräußern, statt: »wenn jemand Eigentum erworben hat und es veräußert . . . , soll . . .« Diese Zerdehnung aber entspricht nicht dem Wesen der Sache. Sowohl der Vorder- als der Nachsatz eines solchen hypothetischen Urteils stehen im Rechtssatz, der sich auf ein Sollen bezieht, gleichberechtigt, nämlich als unselbständige Tatbestände nebeneinander. Sie sind beide Bedingungen des Eintritts der Rechtsfolge, der Verpflichtung, und nur aus diesem Zusammenhang erhalten sie ihre rechtliche Relevanz. Freilich faßt man das Können als menschliche Fähigkeit im Gegensatz zu den übrigen »natürlichen« Tatbeständen. Allein dies ist bereits eine Mißdeutung; denn formal-juristisch gibt es zwischen den Bedingungen, die den Tatbestand ausmachen, keine Unterschiede. Es spielt hier wie so oft der freie Wille eine Rolle. Während die Natur der Kausalität unterworfen ist, hat der Mensch die scheinbare Wahl zu handeln oder nicht zu handeln. Aber dies ist vom juristischen Standpunkt aus ganz gleichgültig. Vom formalen Standpunkt aus kann man die Zerdehnung des Tatbestandes auch bei natürlichen Elementen vornehmen, so: wenn ein Stück Land abgerissen wird, kann es der Fluß an einem andern Grundstück ablagern.

Wir haben damit bereits eine der Grundlagen für die Gewinnung des Begriffs des subjektiven Rechts gewonnen und werden daran bei der Behandlung dieses Begriffs anzuschließen haben.

Das Gleiche wie für die Kannrechte gilt auch für die »potentiellen Rechte«. Wir erwähnen sie nur des Ausdrucks wegens, der zeigt, daß mit methodisch fremden Elementen gearbeitet wird; man stellt sich nämlich vor, daß die folgenden Teiltatbestände bereits im ersten, wenn auch nur »potentiell«, enthalten sind.

Daraus, daß alle Teiltatbestände gleichberechtigt neben einander stehen, in gleichem Maße zum Hervorbringen der Rechtsfolge beitragen, ergeben sich wichtige Konsequenzen in der Lehre von der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

Als Beispiel sei auf Kelsens Theorie der fehlerhaften Staatsakte verwiesen. »Wenn irgend ein Tatbestand als Staatsakt,

Digitized by Google

das heißt als dem Staate zurechenbar angesehen werden soll, muß geprüft werden, ob er den in der Rechtsordnung für die Zurechnung aufgestellten Bedingungen nach Form und Inhalt entspricht. Und wenn auch nur ein Erfordernis fehlt, dann kann nach allgemeinen logischen Prinzipien das Zurechnungsurteil nicht gefällt werden . . . Die Nichtigkeit ist rechtslogisch betrachtet etwas ganz und gar Negatives, sie ist nicht anti-, sonder a-rechtlich[1].«

Bezüglich des Dürfens ist heute die richtige Meinung wohl schon durchgedrungen, daß das bloße Dürfen rechtlich irrelevant ist. Das ist das Verdienst Thons[2]. Wir haben seinen Ausführungen nichts hinzuzufügen. Das Dürfen gehört somit in den rechtsfreien Raum. Wir benützen die Gelegenheit, um festzustellen, was der rechtsfreie Raum ist und umfaßt.

Rechtsfreier Raum sind alle jene natürlichen Tatbestände, die keine Rechtsfolgen nach sich ziehen. Dazu gehören zunächst alle Tatbestände, deren Geschehen sowohl als Nichtgeschehen, also beide Seiten des kontradiktorischen Gegensatzes, dem Rechte gleichgültig ist. Ein Teil hievon ist das Dürfen. Dann gehört hieher die negative Seite, die »Nichtausübung« der Kannrechte, die ja ihrer Natur nach keine Rechtsfolge haben kann und richtig erweitert überhaupt alle jene Tatbestände, deren Kehrseite (kontradiktorischer Gegensatz) keine Rechtsfolgen hat; endlich jenes Gesollte, das selbst keine Rechtsfolge hat. Die richtige Erfüllung schaltet keine weitere Norm ein, während die Nichterfüllung, der kontradiktorische Gegensatz, die sekundäre Norm herbeiruft. Gesolltes und Gekonntes lassen sich also auch so voneinander unterscheiden, daß bei ersterem die positive Seite des kontradiktorischen Gegensatzes in den rechtsfreien Raum fällt, die negative Seite Rechtsfolgen hat, bei letzterem umgekehrt.

Der rechtsfreie Raum besteht also aus Tatbeständen: bei welchen 1. beide Seiten, 2. die positive Seite, 3. die negative Seite des kontradiktorischen Gegensatzes keine Rechtsfolge hat.

Wir sehen, daß im einzelnen Volltatbestand verschieden charakterisierte Teiltatbestände enthalten sein können. Im Tatbestand freilich macht das keinen Unterschied aus; hier hat jeder

[1]) Über Staatsunrecht, Grünhuts Zeitschrift, Bd. 40, S. 86 f.

[2]) a. a. O., VI. Abschnitt: Genuß.

Digitized by Google

Teiltatbestand nur die Rolle einer Bedingung für den Eintritt der Rechtsfolge. Hier stehen nebeneinander Gesolltes, Gekonntes und Nichtgesolltes. Dies letztere ist ja im Tatbestand jeder sekundären Norm enthalten. Um zu erkennen, um welche Art des Tatbestandes es sich handelt, muß man die Teiltatbestände aus der Verbindung des Volltatbestandes lösen und sie, beziehungsweise ihre kontradiktorischen Gegensätze in diejenigen Rechtssätze einstellen, in denen sie ihre ursprüngliche Funktion ausüben.

Dies sind die wesentlichen Gründe, die eine Änderung der von Kelsen[1]) aufgestellten Rechtssatzform erzwingen. Kelsens Schema lautet: »Unter bestimmten Umständen will der Staat gewisse Handlungen, beziehungsweise Unrechtsfolgen setzen (das ist strafen oder exequieren)[2]).« Damit hat Kelsen die letzte Norm der Normenkette allein als Rechtssatz hingestellt. Ein solcher Satz lautet z. B.: Wenn A dem B ein Darlehen gegeben hat, B es nicht nach Fälligkeit zurückzahlt, A Klage erhoben, der Richter der Klage stattgegeben hat, will der Staat gegen B Exekution führen. Freilich enthält dieser Tatbestand die Tatbestände aller vorhergehenden Normen in sich, aber es wird nicht kenntlich, welche besonderen Charaktere den Tatbestandselementen zukommen, weil man auf deren ursprüngliche Funktion zurückgehen muß, um sie zu erkennen.

IV.

Erste Aufstellung des Begriffs Rechtsverhältnis.

Mit Hilfe des gewonnenen Begriffsapparates können wir daran gehen, Strukturen komplizierteren Baues, höherer Ordnung zu analysieren und zu zeigen, daß auch diese sich aus unseren Grundbegriffen auf rein formallogischem Wege entwickeln lassen. Wir wollen hier die Begriffe Rechtsverhältnis und damit zusammenhängend Rechtsänderung zum Gegenstande unserer Untersuchung machen.

Was den ersten Begriff anbelangt, so sollte man meinen, daß schon der Ausdruck Rechtsverhältnis keinen Zweifel darüber lassen kann, daß es sich um ein Verhältnis, also Beziehung,

[1]) Hauptprobleme, II. Buch, II. Abteilung.

[2]) a. a. O., S. 212.

Digitized by Google

Relation handelt. Aber wieder zeigt sich die — sit venia verbo — Relationenblindheit der Juristen. Sie sehen nur entweder die absoluten Begriffe der natürlichen Tatbestände oder reale Beziehungen, soziale — und damit kausale Vorgänge.

Es ist wohl charakteristisch genug, daß unter Rechtsverhältnis beide relativen Begriffe verstanden werden, von einzelnen Autoren die Rechtsvoraussetzungen, von anderen die Rechtsfolgen. Schon Bekker[1]) hat diese Äquivokation aufgefunden: »Rechtsverhältnis wird gebraucht zur Bezeichnung a) eines Verhaltens, an welches das objektive Recht Rechtsfolgen knüpft und b) eben dieser angeknüpften Folgen«. Wir brauchen wohl nicht erst ausdrücklich darauf hinweisen, daß Rechtsverhältnis nicht das Verknüpfte, sondern die Verknüpfung selbst ist, also die Relation.

Die Einheit des Rechtsverhältnisses ist die Einheit der Rechtsnorm, des vollständigen Rechtssatzes. Von dieser ist auszugehen, nicht von etwas jenseits des Rechtssatzes Liegendem. Der Fehler der heutigen Jurisprudenz steckt darin, daß sie gegen dieses Prinzip verstößt. Rechtsvoraussetzung und Rechtsfolge werden von ihr nicht als relative, sondern als absolute Begriffe angesehen. Dementsprechend wird irgend ein anschauungsmäßig abgegrenzter Tatbestand zum Ausgangspunkte gewählt und von ihm aus nach der zugehörigen Rechtsfolge gefragt, die nun freilich nicht einheitlich sein muß, sondern verschiedene Arten von Rechtsfolgen umfassen kann. Ein juristisch brauchbarer Begriff eines Rechtsverhältnisses kann so nicht zustande kommen. Und ganz ebenso liegt es, wenn der umgekehrte Weg eingeschlagen und von der verabsolutierten Rechtsfolge aus nach der zugehörigen Rechtsvoraussetzung gefragt wird.

Es ist daher nicht verwunderlich, wenn an die Stelle der formalen Einheit der Rechtsrelation die materiale des »Lebensverhältnisses« gesetzt wird. Das Recht tritt dann zu diesen, bereits vorhandenen Lebensverhältnissen hinzu, sie anerkennend und bestätigend oder verwerfend, ohne daß jedoch hiedurch eine wesentliche Veränderung in den »Lebensverhältnissen« selbst vor sich geht. Selbstredend wird hiedurch der Weg zur Erkenntnis der Eigengesetzlichkeit des Rechts endgültig verbaut. So kommt es zu Definitionen wie: »Rechtsverhältnis ist ein vom objektiven

[1]) Pandekten, § 17.

Digitized by Google

Recht anerkanntes Lebensverhältnis[1])«; »Rechtsverhältnis ist eine rechtlich wirksame Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder zu Sachgütern . . . Rechtsinstitute sind rechtlich geregelte Einrichtungen der bürgerlichen Gesellschaft[2])«; »Der Inbegriff der Rechtsbeziehungen, die einem bestimmten Lebensverhältnis entsprechen, ist ein Rechtsverhältnis[3])«.

Jeder einfache, praktische Jurist sieht, daß er von einer solchen Definition keine Hilfe bei Abgrenzung eines ihm vorliegenden einzelnen Rechtsverhältnisses finden kann. Er wird verwiesen an eine andere Instanz, die des Lebens, in der doch schließlich wieder nur er selbst zu entscheiden hat und so scheint es, daß uns die freirechtliche Bewegung von hier aus psychologisch begreiflich wird.

Alle die erwähnten Definitionen gehen aber wohl auf Savigny[4]) zurück. »Es erscheint uns jedes einzelne Rechtsverhältnis als eine Beziehung zwischen Person und Person durch eine Rechtsregel bestimmt . . . daher lassen sich in jedem Rechtsverhältnis zwei Stücke unterscheiden, 1. ein Stoff, das heißt jene Beziehung an sich, 2. die rechtliche Bestimmung dieses Stoffes. Das erste Stück können wir als das materiale Element oder als die bloße Tatsache in demselben bezeichnen, das zweite als ihr formales Element, das heißt dasjenige, wodurch die Tatsachenbeziehung zur Rechtsform erhoben wird.« Immerhin wird von Savigny das Lebensverhältnis als bloße Tatsache angesehen. Wir müssen uns aber ganz klar darüber sein, daß das »Lebensverhältnis« überhaupt keine andere Funktion hat, als in die Rechtsform als Inhalt, Füllung einzugehen und daß damit seine eigene Gesetzlichkeit gebrochen wird, da es sich der Form anzuschmiegen hat.

Ein solches Nebeneinander also, wie Windscheid[5]) es sich denkt: ». . . entweder nur ein Rechtsverhältnis, das heißt ein von der Rechtsordnung geschaffenes Verhältnis, z. B. das Eigentum oder zugleich ein Lebensverhältnis, an welches die Rechts-

---

[1]) Regelsberger, Pandekten, S. 71.
[2]) Dernburg, Pandekten, § 40.
[3]) Gierke, Deutsches Privatrecht, § 55.
[4]) System I. S. 331, § 52.
[5]) Pandekten § 37 a.

Digitized by Google

ordnung nur herantritt, z. B. der Besitz . . . « ist schlechthin unmöglich, und zwar sowohl für die dogmatische wie die soziale Rechtslehre. Für die dogmatische Rechtsbetrachtung gibt es nichts außerhalb des Rechts, woran das Recht erst herantritt, für die soziale Rechtsbetrachtung aber stehen »Rechtsverhältnisse« wie »Lebensverhältnisse« auf gleicher Stufe der sozialen Wirklichkeit nebeneinander.

Es spielt hier der bereits erwähnte[1]) Gegensatz des Rechts in abstracto und in concreto mit. Selbstredend müssen wir hier wie überall die Annahme einer solchen Doppelgesetzlichkeit des Rechtes streng fernhalten.

Ein anderer, verwandter irreführender Gedanke ist es, daß das Recht scheinbar nur die Rechtsfolgen »schaffe«, sie an die bereits vorhandenen Tatbestände anschließe. Aber die wirklichen Rechtsfolgen sind ebenso soziale Wirklichkeit wie ihre Tatbestände. Die Leistung des Rechts besteht ja gerade in der besonderen Synthesis, durch die die relativen Begriffe gesetzt werden.

Der erste, der gegenüber solchen methodischen Irrtümern den richtigen Weg eingeschlagen hat, war Thöl, der große Dogmatiker. Auch er freilich definiert zunächst unrichtig: »Ein Verhältnis ist ein Tatbestand . . . und wenn es ein Recht begründet, ein Rechtsverhältnis«.[2]) Aber sein Verdienst liegt darin, das Rechtsverhältnis als im Rechtssatze begründet anzusehen. Mit vollem Recht polemisiert er gegen Puchtas Behauptung: Das Recht besteht aus Rechtsinstituten, diese wieder aus einzelnen Rechtssätzen. »Es müßte vielmehr heißen: Das Recht besteht aus Rechtssätzen, diese begründen Rechtsinstitute.«

Auch Eltzbacher[3]) führt Rechtsverhältnis auf die Rechtsnorm zurück: »Der Inbegriff der in einer Rechtsnorm gegebenen Rechtsbeziehungen ist das, was man Rechtsverhältnis nennt«. Aber diese Definition bedeutet keinen wirklichen Fortschritt, denn wir dürfen nicht vergessen[4]), daß Eltzbacher die Einheit der Rechtsnorm als im Willen und Bedürfnis der Menschen gegeben glaubt, so daß wir wieder auf Tatsachen zurückgehen müssen.

[1]) Vgl. oben S. 46.

[2]) Einleitung in das Deutsche Privatrecht, § 41, S. 114 f.

[3]) a. a. O., S. 62.

[4]) Vgl. die oben S. 43 zitierte Stelle.

Digitized by Google

Nun scheint es jedoch als würde die von uns angesetzte Gleichheit: Ein Rechtsverhältnis — eine Rechtsnorm nicht alles erschöpfen, was in dem Begriffe von Rechtsverhältnis gemeint ist. Wird nicht durch ein Rechtsverhältnis gerade eine Verbindung mehrerer Rechtsnormen geschaffen? Und welcher Art ist diese Verbindung und sind die verbundenen Normen?

Fassen wir einen Einzelfall ins Auge: Der Empfang eines Darlehens verpflichtet zur Rückzahlung, bis dahin aber sind Zinsen zu bezahlen. Die diese beiden verschiedenen Pflichten statuierenden Normen sind zweifellos im Sinne der herrschenden Auffassung in der Einheit eines Rechtsverhältnisses verbunden.

Wodurch diese zustande kommt, sehen wir leicht. Die beiden Normen enthalten einen gemeinsamen Tatbestand, auf dem sich neue Tatbestände aufbauen.

Überall also wo es sich um Rechtsnormen handelt, deren Tatbestände in einem und demselben Tatbestand fundiert sind, können wir von einem Rechtsverhältnis im weitesten Sinn sprechen. Es handelt sich also durchaus nicht bloß um »Inbegriffe von Rechtsbeziehungen«, nicht um »Zusammenfassungen von Normen«, die etwa gar noch in Widerspruch zueinander treten können[1]).

Vor allem sind demnach primäre und sekundäre Normen zu einem Rechtsverhältnis gehörig; denn der Tatbestand der sekundären Norm ist in dem der primären fundiert. Der Volltatbestand der sekundären Norm ist wieder relativ unselbständig zum Tatbestand der tertiären usw. Die ganze Kette dieser Normen also bildet ein Rechtsverhältnis.

Weiters: Auf jedem Tatbestand können sich, auch abgesehen von den Fällen des Unrechts, neue Tatbestände aufschichten. Wir erinnern nur an die Rechtsübertragungen, mit denen wir uns näher zu beschäftigen haben werden.

Diese Bestimmung des Begriffs Rechtsverhältnis wurde in ähnlicher Weise von Thöl und Hölder vorgetragen. Es bietet sich hiegegen aber ein Einwand, den Eltzbacher[2]) auch wirklich erhoben hat. Staatlicher Strafanspruch und Schaden-

[1]) Vgl. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 16. »Nicht was ist das Eigentum, sondern wie ist es zu denken, ist die jur. Fragestellung«.

[2]) a. a. O., S. 62.

Digitized by Google

ersatzforderung sind zweifellos in demselben Tatbestand begründet, man wird sie aber wohl kaum in einem Rechtsverhältnis vereinigen wollen. Es scheint also doch notwendig zu sein, unseren Begriff etwas einzuschränken. Wir verfügen jedoch noch nicht über die hiezu erforderlichen begrifflichen Mittel und müssen daher zunächst unterbrechen. Die Einschränkung kann nämlich nur unter Berücksichtigung der formalen Sachlage in der Rechtsfolge erfolgen, zu deren Untersuchung wir uns nun wenden.

V.

Der Tatbestand in seiner Beziehung zur Rechtsfolge.

Wir haben schon am Anfang dieses Abschnitts die Wichtigkeit des »juristischen Kausalitätsgesetzes« hervorgehoben. Keine Änderung des Tatbestandes ohne Änderung in der zugehörigen Rechtsfolge. Also: Tritt ein fundierter Tatbestand zu einem fundierenden hinzu, so hat das seine entsprechende Bedeutung in der Rechtsfolge.

Nun zerfällt, wie wir wissen, die Rechtsfolge in drei verschiedene Bestandteile. Die der Tatbestandsänderung entsprechende Änderung in der Rechtsfolge kann sich somit auf einen einzelnen dieser Tatbestandteile oder auf mehrere erstrecken.

Zunächst in der Leitung: Hier besteht eine doppelte Möglichkeit; entweder der fundierte Tatbestand verlangt eine Leistung, die die dem fundierenden Tatbestand zugeordnete Leistung verschlingt, in sich aufnimmt, so daß der neue Volltatbestand eine von der dem ersten Teiltatbestand zugehörigen gänzlich verschiedene Leistung verlangt. Ist eine geschuldete Spezies durch Verschulden untergegangen, so besteht die Leistung nicht mehr in der Lieferung der Spezies, sondern im Schadenersatz. Ebenso bei nicht rechtzeitiger Erfüllung eines Fixgeschäftes. Oder: die neue Leistung lagert sich zu der vom fundierenden Tatbestand geforderten hinzu, ohne sie zu beeinträchtigen. Die mora beim Nicht-Fixgeschäft ändert nichts an der Pflicht, zu erfüllen, also die Leistung des fundierenden Tatbestandes zu erbringen, es tritt jedoch die Verpflichtung zur Zinsenzahlung, eventuell Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung hinzu.

Digitized by Google

Erinnern wir uns hier daran, daß bei relativ unselbständigen Tatbeständen die Rechtsfolge des Volltatbestandes eine andere sein muß, als dann, wenn die beiden verbundenen selbständig nebeneinander fungieren. Wir hätten sonst einen bloßen Inbegriff, Tatbestände und Leistungen (wenn sich nichts anderes in der Rechtsfolge ändert) würden unabhängig nebeneinander bestehen.

Die Tatbestandsänderung kann weiters eine Änderung in der Person des Verpflichteten herbeiführen. Auch hier besteht die analoge doppelte Möglichkeit, daß sowohl der alte als der neue Schuldner verpflichtet sind oder daß der alte Schuldner durch den neuen abgelöst wird. Beispiel: Kumulative oder alternative Schuldübernahme.

Selbstverständlich kann sich der Schuldnerwechsel mit Leistungsänderung verbinden: Der neue Schuldner haftet z. B. nur in der Höhe der übernommenen Aktiven des alten Schuldners.

Endlich kann sich auch die Sanktion ändern, somit der Hinweis auf eine andere sanktionierende Norm an Stelle oder neben der bisherigen treten. Hieher gehört der Formalbegriff des Pfandrechts. Denn das Wesen des Pfandrechts besteht darin, daß es Vorsorge trifft für den Fall der Nichterfüllung. Liegt der Tatbestand des Pfandrechts (auch der Bürgschaft) vor, so besteht die neue »Befriedigungsmöglichkeit«, etwa durch freihändigen Verkauf neben Klage auf Erfüllung usw. Das Beispiel der Bürgschaft lehrt, daß sich Änderung der Sanktion mit Änderung des Verpflichteten verbinden kann.

Alle diese Möglichkeiten sind sowohl bei einseitig als auch wechselseitig fundierten Tatbeständen gegeben.

Wir sprachen bisher immer nur von der Sachlage, daß ein Tatbestand eine Rechtsfolge hat. Wir haben jedoch schon gesehen, daß dies nicht immer so sein muß. Im Rechte ist nicht nur eine Zuordnung one — one, sondern auch eine one — many[1]) möglich. Die demselben Tatbestand zugeordneten Rechtsfolgen können einzelne Bestandteile gemeinsam haben. Es ergeben sich dabei ähnliche Formeln wie beim Hinzutreten neuer Tatbestände, wie oben. Wir stellen kurz die Formeln auf:

$$T \ldots\ldots A\, l_1\, S_1,\ A\, l_2\, S_2$$

[1]) Vgl. oben S. 72.

Digitized by Google

Auf Grund desselben Tatbestandes verschiedene Verpflichtungen derselben Person: Der Erbe hat mehrere Legate auszuzahlen.

$$T \ldots\ldots A\ l_1\ S_1,\ B\ l_1\ S_2$$

Auf Grund desselben Tatbestandes Verpflichtungen verschiedener Personen zur gleichen Leistung bei verschiedener Sanktion: Korrealobligation, wobei der eine Schuldner z. B. wegen Exterritorialität nicht in derselben Weise verfolgt werden kann, wie der andere. Die Sachlage ist damit noch nicht ganz klargestellt, wir werden darauf zurückkommen[1]).

$$T \ldots\ldots A\ l_1\ S_1,\ B\ l_2\ S_1$$

Zwei Personen haften mit einem gemeinsamen Vermögen (z. B. Grundstück).

Gemeinsamkeit mehrerer Bestandtteile:

$$T \ldots\ldots A\ l_1\ S_1,\ A\ l_1\ S_2$$

Verschiedene Rechtsmittel gegenüber derselben Verletzung: Klage und Selbsthilfe.

$$T \ldots\ldots A\ l_1\ S_1,\ A\ l_2\ S_1$$

Haftung derselben Person für verschiedene Leistungen mit derselben Sanktion: Alternativobligation. Auch dieser Fall wird uns noch einmal beschäftigen.

$$T \ldots\ldots A\ l_1\ S_1,\ B\ l_1\ S_1$$

Korrealobligation.

Endlich der extreme Fall, daß sämtliche Bestandteile verschieden sind, jede Rechtsfolge ihr eigenes rechtliches Schicksal unabhängig von der andern hat, insbesondere jede der beiden Pflichten für sich verletzt werden kann:

$$T \ldots\ldots A\ l_1\ S_1,\ B\ l_2\ S_2$$

z. B. bei Alarm hat jeder Posten seine eigene von der der anderen verschiedene Pflicht.

Wir wollen für diesen Fall den Terminus Rezeption einführen, den Begriff aber so erweitern, daß darunter auch die verwandten Formeln fallen

$$\begin{array}{ll} t & A\ l_1\ S_1 \\ t + t_1 & B\ l_2\ S_2 \text{ und} \\ t + t_1 & A\ l_1\ S_1 \\ t + t_2 & B\ l_2\ S_2 \end{array}$$

[1]) Vgl. unten S. 127, (Concursus).

Digitized by Google

So kann der Alarm allein noch nicht pflichtbegründend sein, sondern erst anschließende Befehle an die einzelnen Verpflichteten.

Nur in diesen Formen ist der Terminus Rezeption logisch einwandfrei. Wir können den Tatbestand t als rezipierten, die Volltatbestände $t + t_1$, beziehungsweise $t + t_2$ als rezipierende bezeichnen. Im früheren Falle kann von einer solchen Rezeption nicht wohl gesprochen werden. Wir gebrauchen den Terminus jedoch deswegen, weil er einem vielfach eingebürgerten Sprachgebrauch entspricht und weil sich häufig historisch und sprachlich die Verweisung auf einen bereits geregelten Tatbestand findet, wenn neue Rechtsfolgen angeschlossen werden sollen, z. B. alle steuerpflichtigen Unternehmungen haben auch Zwangsanleihe zu zeichnen.

VI.

Neuer Begriff von Rechtsverhältnis; Rechtsänderung.

Kehren wir nun zu unserem früher unterbrochenen Gedankengange zurück und fragen wir, was aus dem zu weiten Begriff des Rechtsverhältnisses entfernt werden muß, um ihn in angemessener Weise zu verengen. Da wird es uns sogleich klar, daß zunächst die Fälle der Rezeption ausgeschieden werden müssen. So entgehen wir dem erwähnten Einwande Eltzbachers. Denn Strafpflicht des Staates und Schadenersatzpflicht auf Grund desselben Tatbestandes leiten ganz verschiedene Reihen von Normen ein.

Will man noch strenger vorgehen, so läßt sich der Begriff Rechtsverhältnis noch dadurch einengen, daß auch die Fälle der Formel

$$T \ldots\ldots A\ l_1\ S_1,\ A\ l_2\ S_2$$

ausgeschieden werden, doch ist dies vielleicht schon zu weitgehend.

Im Anschlusse hieran erhalten wir nun den Begriff der Rechtsänderung. Eine Rechtsänderung vollzieht sich immer dann, wenn sich ein neuer Tatbestand über einen alten lagert. Nur dann kann sich nach dem »juristischen Kausalitätsgesetz« die Rechtsfolge ändern. Denn Rechtsänderung ist selbstverständlich immer Pflichtänderung.

Hier sind wir an einem Punkte, an dem es sich in geradezu blendender Klarheit zeigt, in welche Irrtümer und Scheinprobleme

Digitized by Google

die Jurisprudenz durch die empiristische Logik geführt wurde. Infolge der Veranschaulichung, Verdinglichung der Rechte kam man dazu, mit Hilfe der Begriffe Substanz und Akzidentien usw. zu operieren. Auch hier muß aber der Substanzbegriff in den Relations-, Funktionsbegriff aufgelöst werden. Es ist einleuchtend, daß man von diesen falschen Voraussetzungen aus die Frage nach dem Beharrenden, Sich-Gleich-Bleibenden in der Änderung stellte.

Schon Hölder hat sich mit Recht dagegen gewendet[1]): »Wären die Rechte reale Existenzen, so könnte von irgendwelcher Identität meines Rechts und deines Rechts ebensowenig die Rede sein als von einer Identität verschiedener Personen oder Sachen . . . indem diese Identität nur dadurch möglich ist, daß wir es nicht mit realen Existenzen zu tun haben, so wäre es verfehlt, sie durch den der realen Körperwelt entnommenen Gegensatz der Substanz und der Akzidentien oder des Dinges und der Eigenschaft verstehen zu wollen«.

Ein typischer Vertreter der Substanztheorie ist trotz seiner Verwahrung dagegen Windscheid[2]). Er bemerkt zwar richtig: »Ein Recht verändert sich, das will sagen: es ist derjenige Tatbestand zur konkreten Verwirklichung gelangt, an welchen die Rechtsordnung das Anderssein eines Rechtes anknüpft«. Aber er fährt fort[3]): »Ein Recht verändert sich, die Eigenschaften des Rechts sind andere geworden, seine Substanz ist dieselbe geblieben. Das will sagen: so weit die Änderung nicht reicht, fährt alles fort von dem Rechte zu gelten, was von ihm bis dahin galt«. Bereits Hölder hat gegen diese Behauptung Einspruch erhoben. Windscheid bewegt sich in einem Zirkel. Es wäre ja gerade die Frage, wie weit die Änderung geht. Und wie Windscheid selbst ausführt, kann die Änderung sich so weit erstrecken, daß von dem bisherigen Leistungsgegenstand und Pflichtsubjekte gar nichts mehr übrig bleibt. Was gilt dann noch von dem Recht? Wo ist die Substanz geblieben? Wir haben solchen Behauptungen gegenüber immer wieder zu betonen, daß es sich um nichts anderes handelt und handeln kann als Aufschichtungen,

[1]) Pandekten, S. 185.

[2]) Pandekten, § 63.

[3]) a. a. O., § 64.

Digitized by Google

Fundierungsverhältnisse von Tatbeständen mit den zugehörigen Modifikationen in der Rechtsfolge.

So ist es ein vielfach diskutiertes Scheinproblem, ob das alte und neue Recht (insbesondere wenn Rechte übertragen werden; auch dies gehört ja zur Rechtsänderung, wir bedürfen hier noch nicht des scharfen Begriffs des subjektiven Rechts) identisch seien. Bejahung und Verneinung findet sich in der Literatur. So meint Tuhr[1]): »Logische Voraussetzung der Übertragbarkeiten von Rechten ist die Annahme einer trotz des Subjektwechsels bestehenden Identität des Rechtes; es soll nicht ein neues Recht an Stelle des früheren treten, sondern das Recht des neuen Rechtssubjekts als identisch mit dem des alten gelten. Der Begriff der Identität beruht bei Gedankengebilden, wie es die Rechte sind, auf einer mehr oder minder willkürlichen Abgrenzung der Identitätsmerkmale«. Der Identitätsbegriff zerfließt hier, was wohl auch damit zusammenhängt, daß Tuhr eher an Gleichheit als Identität denkt.

Ein vielfach verwendetes charakteristisches Bild ist das »Umformen«, »Umgießen« des alten Rechts in ein neues[2]). Dies Bild führt uns auf ein hieher gehöriges Spezialproblem, in dem ein ähnliches Bild ständig gebraucht wird. Seit den Römern spricht man bekanntlich bei der Novation von einer Transfusio ac translatio prioris debiti in aliam obligationem[3]). Es war nun streitig, ob bei der Novation (mit Schuldnerwechsel) eine neue Obligation entsteht, oder die alte fortdauert. Diese Frage aber läßt sich nicht durch Bilder und nicht durch Substanzialisierung klären. Sie bedeutet, daß der Tatbestand der Novation entweder selbständig ist oder fundiert in dem ursprünglichen Tatbestand, der das zu novierende Rechtsgeschäft begründete; nur in letzterem Falle liegt eine Rechtsänderung vor und dann ist die Rechtswirkung des Novationstatbestandes nur gegeben, wenn der ursprüngliche Tatbestand Rechtswirkung hatte. In welcher dieser beiden Formen freilich die Regelung in einer bestimmten Einzelrechtsordnung getroffen ist oder gar, ob eine konkrete Verabredung zweier Personen eine Novation

[1]) a. a. O., 1., S. 219.

[2]) Vgl. z. B. Neuner, Privatrechtsverhältnisse, S. 117.

[3]) D. 46, II. 1 pr.

Digitized by Google

und in welchem der beiden Sinne darstellt, kann die formale Rechtslehre nicht angeben. Denn ihre Aufgabe ist damit erschöpft, die vorhandenen Möglichkeiten aufgezeigt zu haben.

VII.

C. Verträgliche und unverträgliche Tatbestände.

Die Lehre von den unselbständigen Tatbeständen zeigt uns wie Tatbestände sich in einem höheren Ganzen verschmelzen. Wir haben nun zu zeigen, daß ein Zusammentreffen von Tatbeständen in der Art möglich ist, daß sie sich vernichten, so daß sie als rechtlich relevante Tatbestände nicht mehr bestehen, also keine Rechtsfolgen haben. Die zusammentreffenden Tatbestände verschmelzen nicht nur nicht in einem Ganzen, das neue Rechtsfolgen hat, sondern sie heben sich gegenseitig auf.

Das einfachste Beispiel hiefür bietet die Resolutivbedingung; ihr Eintritt wirkt vernichtend auf den resolutiv bedingten Tatbestand. Wir wählen für solche vernichtende Tatbestände den Terminus unverträgliche Tatbestände, ebenfalls im Anschluß an die Terminologie Husserls[1]).

Diese Unverträglichkeit von Tatbeständen darf nicht verwechselt werden mit der Unverträglichkeit in anderen Sphären. Es handelt sich nicht um die Unvereinbarkeit von Bedeutungen, also um Unsinn[2]); auch nicht um Unverträglichkeit von Anschauungen, also Widersinn, denn dann hätten wir unwirkliches Recht vor uns; schon gar nicht um naturgesetzliche Unverträglichkeit (Unmöglichkeit), wie goldener Berg usw. Die Unverträglichkeit der Tatbestände liegt in der Sphäre der Gegenstände (Begriffe) und hat nur den Sinn, daß die miteinander unverträglichen Tatbestände keine Rechtsfolge haben. Selbstredend werden nicht die natürlichen Tatbestände vernichtet. Der juristische Tatbestand ist gänzlich unabhängig vom natürlichen. Wir werden sehen, daß das Ende, die Vernichtung des natürlichen Tatbestandes durchaus nicht die Aufhebung des juristischen bedeuten muß. Anderseits kann der natürliche Tatbestand weiter dauern, obwohl der juristische vernichtet ist.

[1]) VI. Unters., 4. Kap.

[2]) Vgl. Husserl, IV. Unters. u. oben S. 40.

Digitized by Google

Auch die Unverträglichkeit bezieht sich immer auf ein Ganzes, in dem die betreffenden Tatbestände unverträglich sind und Husserl spricht bei dieser Sachlage von der Einigung durch Widerstreit[1]). Auch bezüglich der Unverträglichkeit gilt also, ebenso wie bei der Unselbständigkeit, daß es sich nicht nur um ein Zusammentreffen beliebiger Tatbestände handelt, sondern um gesetzliche Vereinigungen. Auch Unverträglichkeit ist immer Unverträglichkeit relativ zu. Auch die unverträglichen Tatbestände sind im übertragenen Sinn fundiert in bestimmten Tatbeständen, deren Wirkungen sie aufheben. Jede Vernichtung setzt ein zu Vernichtendes voraus[2]). Daher kann es selbstverständlich keine »selbständigen« unverträglichen Tatbestände geben.

Wir können die unverträglichen Tatbestände analog den unselbständigen gliedern.

Wir haben zunächst absolut unverträgliche (negative) Tatbestände, die keine andere Funktion ausüben können, als im Zusammentreffen mit anderen Tatbeständen bestimmter Art, diese zu vernichten. Auch sie sind fundiert, denn sie zerstören nicht jeden Tatbestand, sondern nur die sie »fundierenden«. Beispiele: Verzicht, Widerruf, Rücktritt, Kündigung, Dissens. Weiters relativ unverträgliche Tatbestände, die selbst rechtliche Bedeutung haben, sei es als selbständige, sei es als unselbständige Tatbestände, die aber beim Zusammentreffen mit anderen Tatbeständen bestimmter Art diese vernichten. Der Tod eines Menschen z. B. ist Tatbestand im Erbrecht, gleichzeitig zerstört er aber auch gewisse Tatbestände. So fallen die Straffolgen mit dem Tode des Schuldigen weg.

Ebenso läßt sich der Unterschied einseitiger und wechselseitiger Fundierung auf die unverträglichen Tatbestände anwenden. Wechselseitige Fundierung ist vorhanden, wenn die Unverträglichkeit-Gesetzlichkeit umkehrbar ist, wenn also die Tatbestände sich gegenseitig aufheben, so daß überhaupt keine Rechtsfolge mehr übrig bleibt. Darauf bezogen sich unsere ersten Bestimmungen. Daneben aber besteht die Möglichkeit einseitiger Fundierung, daß nämlich nur die Rechtswirkung des fundierenden Tatbestandes zu Grunde geht, während der fundierte unverträg-

[1]) Vgl. a. a. O., § 32 f.

[2]) Vgl. Lotmar, a. a. O., S. 10.

Digitized by Google

liche Tatbestand selbst eine neue Rechtsfolge hat. Es ist klar, daß diese Figur nur möglich ist, wenn der fundierte Tatbestand bloß relativ unverträglich ist, denn ein absolut unverträglicher Tatbestand hat ja überhaupt keine eigene ihm zugeordnete Rechtsfolge. Wir scheinen hier auf eine Schwierigkeit zu stoßen. Deckt sich denn diese Figur nicht mit der bereits besprochenen, daß der fundierte Tatbestand eine neue Rechtsfolge mit sich bringt, die die Rechtsfolge des fundierenden verschlingt?[1]). Es wäre somit in diesem Fall Unverträglichkeit gleich Unselbständigkeit.

Allein bei näherem Zusehen treten Differenzen hervor. Handelt es sich um bloße Aufschichtung eines unselbständigen Tatbestandes und nicht um einen unverträglichen Tatbestand, so wird der fundierende Tatbestand nicht aufgehoben und das besagt, daß immer wieder auf ihn zurückgegriffen werden kann; der fundierende Tatbestand erlischt erst mit der Erfüllung des fundierten unselbständigen, während, wenn der fundierte Tatbestand unverträglich ist, er, eben als unverträglicher Tatbestand, bereits den fundierenden aufhebt, ohne daß seine Erfüllung abgewartet werden muß. Wird der unverträgliche Tatbestand selbst vernichtet, so lebt der fundierende Tatbestand nicht wieder auf. Zur Verdeutlichung ein Beispiel: Der Verzug beim Fixgeschäft hat Schadenersatz statt Erfüllung zur Folge, der Käufer kann jedoch auf Erfüllung bestehen, wenn er es sogleich anzeigt, er kann also auf den alten Tatbestand und damit auf dessen Rechtsfolge zurückgehen; anders wenn der Käufer sein Wahlrecht hinsichtlich der ihm bei Verzug des Verkäufers eingeräumten Möglichkeiten ausübt, hier kann er nicht mehr zurückgreifen.

Bei einseitiger Unverträglichkeitsfundierung kann es nun vorkommen, daß der unverträgliche Tatbestand zwar hinsichtlich seiner Unverträglichkeit, nicht aber als Begründer von Rechtsfolgen in dem zu vernichtenden Tatbestand fundiert ist. Ein Tatbestand t_2 vernichtet den Tatbestand t_1, wenn er mit ihm zusammentrifft, hat aber seine eigene Rechtsfolge ohne Rücksicht darauf, ob t_1 vorhanden war oder nicht. Ein neues Testament z. B. vernichtet das alte, ist zu diesem unverträglich,

[1]) Vgl. oben S. 110.

Digitized by Google

aber es ist nicht in ihm fundiert, seine eigene Gültigkeit ruht in sich, ist nicht davon abhängig, ob das erste gültig war. Das durch die Ersitzung erworbene Eigentum besteht ohne Rücksicht auf ein vorher bestandenes, vernichtet es aber, wenn es bestanden hat.

In anderer Richtung kann sich die Sachlage dadurch komplizieren, daß unverträglicher und Rechtsfolgen begründender Tatbestand nicht ganz zusammenfallen, sondern teilweise verschiedene Voraussetzungen haben. Es können für die Rechtsfolgenbegründung mehr oder weniger Voraussetzungen gefordert sein als für die Unverträglichkeit. Der Tatbestand t_2 vernichtet zwar den t_1, hat aber erst in Verbindung mit t_3 eine neue Rechtsfolge und anderseits: t_2 hat zwar eine Rechtsfolge, vernichtet aber t_1 erst in Verbindung mit t_3. Anders ausgedrückt: t_3 hat nur Rechtswirkung, wenn t_2 gegeben war, daher t_1 aufgehoben wurde, und im andern Falle: t_1 wird nur aufgehoben, wenn t_2 und t_3 gegeben sind. Ein interessanter Rechtsfall, in dem die Probleme dieser Strukturen aktuell werden, findet sich Digesten XXIX, 2, 97. Es handelt sich hiebei um die Frage, ob der Erbe, der in zwei Testamenten (desselben Erblassers) eingesetzt war und auf Grund des späteren die Erbschaft angetreten hat, auf das frühere zurückgreifen darf, wenn sich das spätere als ungültig erweist.

Endlich kann — wenn wir diese Fälle mit der früher erwähnten Möglichkeit kombinieren — es sich ergeben, daß t_3 im ersten Falle ohne Rücksicht auf den Eintritt von t_2 seine Rechtsfolge hat, also nicht in ihm fundiert ist und im zweiten Fall, daß t_3 seine vernichtende Wirkung auch ausübt, wenn t_2 nicht vorhanden ist. Diese Fälle liegen jedoch teilweise schon außerhalb unseres Gebietes; zwischen t_3 und t_2 besteht gar keine Verbindung, es wäre denn, daß sie selbst wieder in Teiltatbestände zerfallen und einen oder mehrere derselben gemeinsam haben.

All dies tritt plastisch hervor, wenn wir es nunmehr auf ein konkretes juristisches Gebiet anwenden und eine formale Theorie der Novation in ihren Grundzügen aufstellen. Wir haben das Thema bereits flüchtig berührt[1]). Bei der Novation handelt es sich durchwegs um die oben aufgestellten Rechtsfiguren; sie stellt nur insofern einen Spezialfall dar, als immer dieselben zwei

[1]) Vgl. den Schluß des VI. Abschnitts dieses Kapitels.

Digitized by Google

Personen (wenn wir nämlich die Expromissio der Einfachheit halber ausschließen) handeln. Um zu kontrastieren, ziehen wir auch die bloße Aufschichtung mit heran.

Wir stellen fest, daß es sich um drei doppelte Möglichkeiten handelt:

1. Der neue Tatbestand ist im alten hinsichlich seiner eigenen Rechtsfolge fundiert oder nicht fundiert;

2. der neue Tatbestand ist bloße Aufschichtung oder Aufhebung (unverträglich);

3. der neue Tatbestand hat nur Rechtswirkung, wenn der alte zerstört ist oder seine Rechtswirkung ist davon unabhängig. Voraussetzung hiefür ist, wie wir oben sahen, teilweises Auseinanderfallen der Erfordernisse der Unverträglichkeit und Rechtsfolgenbegründung.

Somit erhalten wir folgende Typen:

I. Rechtsänderung.

ad 1. Fundierung des neuen im alten Tatbestand;

ad 2. bloße Aufschichtung, daher Zurückgehen möglich, der alte Tatbestand erlischt erst durch Erfüllung des neuen Volltatbestandes.

II. Unechte Novation [1]).

ad 1. Fundierung des neuen im alten Tatbestand;

ad 2. der neue Tatbestand hebt den alten auf (kein Zurückgehen möglich, der alte Tatbestand erlischt schon mit dem Zustandekommen des neuen);

ad 3. beide Möglichkeiten sind gegeben:

a) Wird der alte Tatbestand nicht aufgehoben (z. B. wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit des Gläubigers), so hat der neue Tatbestand keine Rechtswirkung;

b) trotz Fortbestehens des alten Tatbestandes hat der neue seine Rechtswirkung.

III. Echte Novation.

ad 1. Keine Fundierung des neuen im alten Tatbestand;

ad 2. der neue Tatbestand hebt den alten auf (kein Zurückgehen möglich, der alte Tatbestand erlischt mit dem Zustandekommen des neuen);

[1]) = Schuldumwandlungsvertrag (Enneccerus).

Digitized by Google

ad 3. beide Möglichkeiten:

a) Wird der alte Tatbestand nicht aufgehoben, so hat der neue keine Rechtswirkung.

b) trotz Fortbestehens des alten Tatbestandes hat der neue seine Rechtswirkung. Es ist gleichgültig, ob der alte bestanden hat oder nicht (Punkt 1).

Endlich läßt sich alles noch damit kombinieren, daß der alte Tatbestand nur aufgehoben wird, wenn der neue Rechtswirkung hat, beziehungsweise die Aufhebung auch erfolgt, wenn der neue keine Rechtswirkung hat. Das ist das Gegenstück zum Punkt 3[1]).

Die charakterisierten Typen fallen zu einem großen Teil mit den von Enecceru s[2]) aufgestellten zusammen. Freilich hat er nicht alle Möglichkeit streng durchgeführt, da er positives Recht darstellt; daher sind seine Ausführungen auch mit der Angabe materialer Voraussetzungen (Parteienwille) vermischt, doch lassen sich die formalen Elemente glatt ablösen.

Dagegen wird die Grenze zwischen Änderung und Novation von Enecceru s anders gezogen als von uns. Enecceru s sieht nämlich als Kriterium das wirtschaftliche Moment und die Parteiansicht an, was wir ablehnen müssen. Allerdings ist das treibende Motiv bei dieser Abgrenzung der Wunsch, die Unterscheidung dafür zu finden, wann Bürgschaft usw. fortdauert. Bei dem von Enecceru s bestimmten Umfang von Rechtsänderung bleiben Bürgschaft usw. erhalten, während sich bei unserer Abgrenzung darüber nichts aussagen läßt und nichts aussagen lassen kann, weil das positive Recht ganz verschiedene Voraussetzungen für das Bestehenbleiben der Bürgschaft usw. und die Aufschichtung (Möglichkeit des Zurückgehens auf den alten Tatbestand) aufstellen kann. Wenn z. B. Enecceru s meint, daß es sich kaum um eine bloße Änderung handelt, wenn die Parteien ein Pferd statt eines Wagens verkaufen, daß somit dann Pfandrecht usw. erlöschen, so bezieht sich diese Behauptung nur auf das geltende Deutsche Recht. Es kann sehr wohl eine Rechtsordnung bestimmen, daß Pfandrecht usw. erst erlöschen, wenn sämtliche

[1]) Bei Beurteilung des angeführten Digestenfalles spielt diese Struktur eine Rolle.

[2]) Recht der Schuldverhältnisse, § 298.

Digitized by Google

Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien abgewickelt sind und umgekehrt, daß sie bei jeder Aufschichtung (Abänderung) untergehen.

Unverträgliche Tatbestände unterscheiden sich auch dadurch, daß sie entweder in selbständigen oder unselbständigen Tatbeständen fundiert sind. Ist ein Tatbestand eingetreten, welcher zu einem fundierenden Tatbestand unverträglich ist, der mehrere fundierte trägt, also ein Rechtsverhältnis begründet hat, so kann es sein, muß aber nicht sein, daß mit dem fundierenden die fundierten Tatbestände, mit dem Rechtsverhältnis seine einzelnen »Seiten«, die »Rechte« wegfallen[1]).

Endlich kann ein Tatbestand zu einem unverträglichen Tatbestand unverträglich sein, also dessen vernichtende Wirkung verhindern, somit die Rechtswirkung des den unverträglichen Tatbestand fundierenden Tatbestand wiederherstellen.

Die unverträglichen Tatbestände sind in der Literatur durchaus nicht unbemerkt geblieben; doch werden sie nicht einheitlich, unter verschiedenen Titeln und mit anderen Begriffen vermengt vorgetragen.

Da man gewohnt ist, von der Seite der Rechte her zu konstruieren, versucht man es auch hier mit »negativen Rechten«. So Bekker[2]): »Negative Rechte heißen solche, deren Wirkung sich darauf beschränkt, die Wirkung anderer (‚positiver') Rechte zu brechen und zwar entweder nur zu hemmen oder ganz aufzuheben. Jedes negative Recht steht also mit einem positiven Recht in unlöslicher (gegensätzlicher) Verbindung und erlischt infolgedessen stets mit den positiven zugleich«. Dieser Begriff ist zu eng; denn in Bezug auf die »Negativität« stehen den negativen Rechten, z. B. dem angeblichen »Recht auf Verzicht«, alle anderen unverträglichen Tatbestände, die man nicht als Rechte ausgeben kann, z. B. der Tod (oder gibt es auch ein Recht auf den Tod?), gleich. Auch hier wie bei den unselbständigen Tatbeständen erfolgt die unrichtige Zerdehnung in eine besondere Relation des Könnens; auch die negativen Rechte werden als Kannrechte angesehen.

Unzweifelhaft stehen die unverträglichen Tatbestände in irgend einem Zusammenhang mit den verneinenden Rechtssätzen. Selbstverständlich sind diese nicht Rechtssätze im strengen Sinn.

[1]) Vgl. unten IX. Abschn. (Kontinuierliche und punktuelle Tatbestände).

[2]) Pandekten, § 28, ihm folgt Tuhr, a. a. O., I., § 10.

Digitized by Google

Aber was besagen sie? Ein Doppeltes: Entweder sie beschreiben unverträgliche Tatbestände oder sie erklären, daß gewisse natürliche Tatbestände überhaupt keine Rechtsfolgen haben, in den rechtsfreien Raum gehören, beziehungsweise nur eine Rechtsfolge bestimmter Art nicht haben. Eindeutig in diesem letzteren Sinn faßt Thöl[1]) den in Rede stehenden Begriff und er unterscheidet: absolut verneinende Rechtssätze, die »bestimmen, daß an einen Tatbestand überhaupt kein Recht sich anschließe« und relativ verneinende, die »bestimmen, daß an einen Tatbestand ein bestimmtes Recht sich nicht anschließe«. Diese Sätze freilich sind bloß begriffsentwickelnde, sie bringen nichts neues hinzu; denn, daß an einen natürlichen Tatbestand sich keine Rechtsfolge anschließt, heißt ja, daß dieser Tatbestand nichts mit dem Rechte zu tun hat. Damit ein Tatbestand Rechtsfolgen hat, bedarf es erst der rechtlichen Synthesis. Ein natürlicher Tatbestand, der nicht unter einen rechtlichen fällt, ist im Rechte gar nicht der Erwähnung wert, hat nichts mit dem Rechtssystem zu tun und wird bloß aus technisch-stilistischen oder Gründen der gesetzgeberischen Vorsicht genannt.

Diese Tatbestände aber werden nun mit den unverträglichen Tatbeständen zusammengeworfen, indem man sie als »Ausnahmen faßt[2]). Der Gedankengang ist dabei folgender: Die Rechtsvoraussetzung wird zu weit gefaßt, meist, um sie einem Begriffe der Naturwissenschaft oder des täglichen Lebens gleichzusetzen. Die notwendige Verengung wird dann in der Weise vorgenommen, daß die zu viel einbezogenen Tatbestände als Ausnahmen wieder ausgeschieden werden. Selbstverständlich ist dieser Umweg logisch überflüssig, mag er auch aus gesetztechnischen Gründen berechtigt sein. Das darf die wissenschaftliche Klarheit nicht trüben. Diese Ausnahmen werden nun den unverträglichen Tatbeständen an die Seite gestellt.

Von der anderen Seite her kommt man entgegen, indem man wieder die unverträglichen Tatbestände als Ausnahmen ausgibt. Zwischen beiden aber besteht der tiefe Unterschied, daß die »Ausnahme« von Anfang an niemals Rechtsfolgen hat und haben kann, während der den unverträglichen fundierende Tat-

[1]) a. a. O., § 84, S. 98.

[2]) Vgl. hiezu Binding, Normen I, § 20.

Digitized by Google

bestand eine Rechtsfolge hat, die durch den unverträglichen Tatbestand erst vernichtet wird. Die Ausnahme ist eine Ausnahme in Bezug auf den natürlichen Tatbestand, der unverträgliche Tatbestand eine »Ausnahme« vom juristischen, der Rechtsvoraussetzung; so könnte man etwas zugespitzt formulieren.

Beide Begriffe werden z. B. von Windscheid[1]) unter verneinende Rechtssätze subsumiert: »Verneinende Rechtssätze sind: a) solche, welche aussprechen, daß an eine gewisse Tatsache ein Gebot oder Verbot nicht angeknüpft sein soll, b) solche, welche aussprechen, daß ein an eine gewisse Tatsache angeknüpftes Gebot oder Verbot mit dem Eintritt einer andern Tatsache erlöschen soll«.

Außer unter diesen beiden Titeln, negative Rechte und verneinende Rechtssätze, finden wir unverträgliche Tatbestände unter den Titeln Aufhebung oder Ende der Rechte und Rechtsverhältnisse, und hier wieder spezialisiert nach den einzelnen Rechten, vor allem getrennt für Sachen und Obligationenrecht.

VIII.

Erfüllung, datio in solutum, concursus.

Als der erste der Endigungsgründe wird die Erfüllung genannt. Freilich ist dieser Grund eingeschränkt auf das Obligationenrecht und auch hier auf Rechte, nicht auf Rechtsverhältnisse. Die letztere Einschränkung liegt allerdings im Wesen der Sache; denn da ein Rechtsverhältnis einen unselbständigen Tatbestand darstellt, kann es für sich allein keine Rechtsfolge, also keine Erfüllung haben. Was aber die erstere Einschränkung betrifft, so hätte man schon hier darauf aufmerksam werden können, daß die dualistische Rechtssystematik (dingliche und obligatorische Rechte) nicht ganz klar sei. Wer allerdings das Wesen des dinglichen Rechts in Ansprüchen gegen jedermann sieht, muß daraus die Konsequenz ziehen, daß diese ständig von der ungeheuren Mehrzahl erfüllt werden, also auch hier von Endigung durch Erfüllung sprechen.

Ist aber die Stellung der Erfüllung unter den unverträglichen Tatbeständen gerechtfertigt? Erinnern wir uns hiebei wieder,

[1]) Pandekten, § 27. Vgl. hiezu auch die besonders unklaren Ausführungen Bierlings, Jurist. Prinzipienlehre I, 91 ff.

Digitized by Google

daß diese Frage unabhängig ist, von der ganz anderen, wann nach positivem Rechte erfüllt ist.

Die Erfüllung ist der faktische Eintritt der Rechtsfolge. Wir verstehen die Verwandtschaft dieser Sachlage mit der der unverträglichen Tatbestände. Auch hier wird die Wirkung der Rechtsvoraussetzung vernichtet, denn Erfüllung der Pflicht ist zugleich deren Aufhebung. Dennoch gilt für sie anderes als für die unverträglichen Tatbestände, wie am klarsten daraus hervorgeht: Der Nichteintritt der Rechtsfolge zieht Sanktion mit sich, der Nichteintritt eines unverträglichen Tatbestandes hat keine Rechtsfolge. Es wäre ganz verfehlt, beides in Alternativität zusammenzuziehen. Man kann nicht sagen: Die Rechtsfolge oder ein unverträglicher Tatbestand soll eintreten. Denn gesollt ist nur die Rechtsfolge, nur sie ist der Rechtsvoraussetzung durch die Rechtsrelation zugeordnet. Man müßte andernfalls konsequent auch die zum Tatbestand der sekundären Norm unverträglichen Tatbestände gleichstellen, womit jede Systematik verloren wäre.

So hat der einzelne konkrete Tatbestand korrelativ seine einmalige Rechtsfolge, mit deren Eintritt er seine Wirkung erschöpft hat. Wir haben uns dabei vor dem bereits erwähnten[1]) Fehler Reinachs zu hüten. Das Gesetz über die Bindung, die Verpflichtung, ist zeitlos, die einzelne Bindung aber, die aus dem einzelnen konkreten Tatbestand hervorgeht, ist bloß die Äußerung dieses Gesetzes. Wie die »Kraft«, die von der Ursache ausgeht, durch ihre Wirkung »aufgezehrt« wird, so wird auch die bindende, verpflichtende Kraft der Rechtsvoraussetzung durch den Eintritt der Rechtsfolge verbraucht.

Auch im Gebiete der Erfüllung sind gerade prinzipielle Fragen bestritten, so ob die Erfüllung ein Rechtsgeschäft darstellt usw. Hier liegen Aufgaben der reinen Rechtslehre.

Neben der Erfüllung wird gewöhnlich als Erlöschungsgrund die datio in solutum, Leistung an Zahlungsstatt genannt. In einem weitesten Sinn könnte man vielleicht darunter die Gesamtheit aller jener Tatbestände verstehen, deren Nichteintritt zwar nicht die Sanktion nach sich zieht, deren Eintritt aber die Sanktion nicht zur Entstehung kommen läßt. Diese Bestimmung

[1]) S. oben S. 59.

Digitized by Google

schließt freilich alle mit dem betreffenden Tatbestand unverträglichen Tatbestände ein und deckt sich daher durchaus nicht mit dem heute unter datio in solutum Gemeinten. Unter datio in solutum versteht man eine Änderung der Leistung. Diese Änderung erfordert, wie jede andere Änderung in der Rechtsfolge, ihr Gegenstück in der Rechtsvoraussetzung, welche nach positivem Recht meist (nicht immer: Man denke an das beneficium dationis in solutum) in einem Verhalten des Gläubigers besteht. Datio in solutum in diesem Sinn ist sonach ein fundierter Tatbestand mit Änderung der Leistung; daher die Formel:

t_1 . . . . . A l_1 S, $\quad$ t_1+t_2 . . . . . A l_2 S.

Dabei müssen notwendig alle Fragen auftreten, die wir bei der Novation kennen gelernt haben; vor allem, ob es sich um Aufschichtung (Rechtsänderung) oder Novation handelt. Im ersteren Fall kann auf die ursprüngliche Schuld zurückgegriffen werden, in letzterem nicht. Das B. G. B. hat im § 365 die letztere Möglichkeit gewählt. Daneben besteht jedoch die Möglichkeit der bloßen Rechtsänderung, die im Zweifel vermutet wird, (§ 364, 2) das bloße »Versprechen zahlungshalber«. Das österreichische Recht (§ 1414) hat darüber keine bestimmte Entscheidung getroffen, die Theorie ist daher streitig; hätte freilich der Gesetzgeber gesehen, daß ihm rein formal verschiedene Möglichkeiten vorgezeichnet waren, so hätte er sich entscheiden müssen und so haben wir wieder ein schönes Beispiel für den praktischen Wert der formalen Rechtslehre.

Stellen wir nun weitere Gruppen von aufhebenden Tatbeständen heraus: Die Erfüllung oder die Nichterfüllung einer Norm wirkt unverträglich zum Tatbestand einer andern. Beispiele für erstere Möglichkeit sahen wir bei der Rechtsänderung, bei welcher die Erfüllung der dem Volltatbestand zugehörigen Rechtsfolge selbstverständlich zugleich Erfüllung der dem fundierenden Tatbestand zugeordneten Rechtsfolge ist. Ein ganz anderes Beispiel: Der inländische Richter hat auch ein im Ausland begangenes Verbrechen zu bestrafen; hat jedoch der ausländische Richter seine Pflicht erfüllt, das Verbrechen bestraft, so fällt hiedurch die Pflicht des inländischen weg. Beispiel für die letztere Gruppe: Leistet bei synallag-

Digitized by Google

matischen Verträgen mit Leistung Zug um Zug der eine Kontrahent nicht, so entfällt auch die Verpflichtung des anderen Kontrahenten.

Eine der wichtigsten Formen unverträglicher Tatbestände ist endlich der concursus. Wir verstehen hierunter ganz allgemein den Fall, daß Normen einen oder mehrere Bestandteile haben. Den Namen Konkurrenz, der häufig in dieser Art verwendet wird, wollen wir lieber nicht gebrauchen.

Wir bemerken sogleich, daß die formale Rechtslehre selbstredend niemals erklären kann, daß concursus als unverträglicher Tatbestand wirke, d. h. die Tatbestände der Normen, die gemeinsame Bestandteile haben, sich aufheben; damit würde sie ihre Grenzen überschreiten und wirkliche Rechtregeln aufstellen. Sie kann nur die möglichen Formen zeigen und es der einzelnen Rechtsordnung überlassen, ob und wann diese den concursus als unverträglichen Tatbestand ansehen will.

Zunächst können zwei Normen bloß den Tatbestand gemeinsam haben; wir erinnern uns, daß wir diesen Fall unter dem Titel Rezeption bereits behandelten[1]). Dabei ist nun möglich, daß eine Rechtsordnung bestimmt, daß die Erfüllung einer der Normen zum Tatbestand der anderen unverträglich ist.

Es können auch mehrere Bestandteile gemeinsam sein, wie wir oben entwickelten[2]). Jede dieser Figuren kann von einer Rechtsordnung als unverträglicher Tatbestand angesehen werden, indem die Erfüllung der einen Pflicht die andere aufhebt. Wir haben oben solche Beispiele angeführt, vor allem: Korrealobligation und Alternativobligation.

Wir haben hier noch zu bemerken: Bei allen Fällen des concursus gehen wir von der Voraussetzung aus, daß es sich um eine ideale Rechtsordnung handelt, das ist um eine solche, bei der es keine Gesetzeskonkurrenz, das heißt das zufällige Zusammentreffen mehrerer Normen im selben Tatbestand gibt. Allerdings ist eines der beliebtesten Mittel zur Ausschaltung der Gesetzeskonkurrenz die Auffassung eines solchen Zusammentreffens als unverträglicher Tatbestände.

Nicht hierhergehörig ist auch die strafrechtliche Idealkonkurrenz. Tötet jemand mit einem Schusse zwei Menschen, so

[1]) Vgl. oben S. 113.

[2]) Vgl. S. 110.

Digitized by Google

liegt der doppelte Tatbestand des Mordes vor. Denn Einheit der Handlung ist nicht Einheit des Tatbestandes. Das schließt natürlich nicht aus, daß diese Tatbestände sich dann durch Fundierung vereinigen, so daß, wie z. B. nach § 35 österr. St. G., die Strafen nicht kumuliert werden.

Wir sprachen bisher vom concursus des Tatbestandes. Auch der concursus der Person kann als unverträglich gedacht werden; es könnte eine Rechtsordnung bestimmen, jede Person dürfe nur eine Verpflichtung haben und müsse ihre ganze Kraft auf diese verwenden. Eine neue Verpflichtung derselben Person hebe die alte auf.

Weiters concursus in der Leistung. Die Rechtsordnung kann bestimmen, daß bei mehreren Verpflichtungen zur Leistung derselben Species z. B. die späteren Verpflichtungen wegfallen sollen; sie muß es jedoch nicht; denn daß es tatsächlich unmöglich ist, daß mehrere dieselbe Sache leisten, interessiert das Recht nicht. Liefern sie nicht, so werden sie dadurch schadenersatzpflichtig. Als Beispiel verweise ich auf den concursus duarum causarum lucrativarum gegenüber dem concursus einer lucrativen und einer onerosen oder zweier onerosen causae.

Auch bei der Sanktion ist concursus möglich. Zwei Personen haften mit demselben Vermögen.

Natürlich kann eine Rechtsordnung auch erst die Gemeinsamkeit mehrerer Bestandteile in zwei Rechtsnormen als Unverträglichkeit ansehen.

IX.

D. Die Zeit im Tatbestand.

Es ist eine der vielen Merkwürdigkeiten der heutigen allgemeinen Rechtslehren, daß sie über die Zeit nur ganz Weniges zu sagen haben. Meist wird nur berichtet, wie Fristen zu berechnen sind, (also eine Regel des betreffenden positiven Rechtes) und daran schließt sich die Behandlung der Verjährung. Und doch wäre es eine Trivialität, auf die Bedeutung der Zeit für das Recht hinzuweisen.

In einer doppelten Rolle tritt die Zeit im Rechte auf: Zunächst, ein bestimmter Zeitablauf wird selbst Rechtsinhalt,

Digitized by Google

sei es Tatbestand oder Rechtsfolge; zum Tatbestand kann eine bestimmte Frist gehören, er wird erst selbständig, wenn die Frist abgelaufen ist; oder die Rechtsfolge hat eine bestimmte Dauer (z. B. Dienstleistung), oder die Leistung wächst im Verhältnis zum Bestehen des Tatbestandes während einer Dauer. Beispiel: Die Höhe des Mietzinses richtet sich nach der Dauer der Miete. Damit wollen wir uns nicht weiter befassen.

Viel interessanter ist die zweite Rolle. Hier handelt es sich um das Verhältnis der Teiltatbestände im Volltatbestand. Wir werden sehen, daß es sich dabei gar nicht um die natürliche, objektive Zeit handelt, sondern daß wir von einer eigenen Rechtszeit sprechen müssen, die eben wieder nur der Ausdruck der Eigengesetzlichkeit des Rechtes ist. Die Ersetzung der Rechtszeit durch die natürliche Zeit wäre Empirismus und man sieht sich bei solchen Versuchen sogleich dazu gezwungen mit Fiktionen zu arbeiten, was zeigt, daß es sich um Gebilde handelt, die nicht in natürliche Tatsachen aufzulösen sind, wenn auch selbstverständlich Beziehungen zur natürlichen Zeit bestehen.

Die natürliche Zeit ist eine asymmetrische Beziehung; das bedeutet: Besteht die Beziehung a zu b, so folgt daraus, daß niemals dieselbe Beziehung zwischen b und a besteht, die Beziehung ist also nicht umkehrbar. Ist a $\gtrdot$ b, so kann nicht b $\gtrdot$ a sein. Ist a zeitlich vor b, kann nicht b zeitlich vor a sein[1]).

Suchen wir nun diese Beziehung auf das Verhältnis der Teiltatbestände zu einander anzuwenden. Wir erhalten damit die Unterscheidung wechselzeitiger und vorzeitiger, beziehungsweise nachzeitiger Tatbestände und deren Bestimmung. Wechselzeitig sind Tatbestände, deren Stellenordnung sich vertauschen läßt, so daß man gleichbedeutend sagen kann: $t_1 + t_2$ oder $t_2 + t_1$. Beispiel: corpus und animus beim Besitz. Es ist gleichgültig, ob zuerst körperlich der Besitz erworben wurde und dann der Besitzwille hinzutrat oder umgekehrt; wesentlich ist nur, daß die Rechtsfolge gegeben ist, wenn beide vorhanden sind, und es keinen Unterschied macht von corpus und animus oder animus und corpus zu sprechen. Vor-

[1]) Vgl. Kant, Kritik d. r. Vern. S. 182 f. (Reclam.)

Digitized by Google

zeitig, beziehungsweise nachzeitig sind Tatbestände, deren Stellenordnung sich nicht umkehren läßt. Selbstverständlich kann ein Tatbestand, der zu einem anderen wechselzeitig ist, zu einem dritten nachzeitig oder vorzeitig sein, so daß wir bei Vermehrung der Tatbestandselemente auf kompliziertere Strukturen stoßen. Drei Tatbestände z. B. können wechselzeitig (vertauschbar) sein oder zwei von ihnen wechselzeitig, der dritte vorzeitig oder nachzeitig zu beiden oder alle drei haben bestimmte Stellen, so daß t_1 vorzeitig zu t_2, t_2 vorzeitig zu t_3 ist. Ein Beispiel für den letzten Fall: Eigentumserwerb, Störung, Klage. Wird die Stellenordnung vertauscht, so liegt kein rechtlicher Tatbestand vor, hat z. B. der Eigentümer vor der Störung geklagt oder klagt er wegen einer Störung, die vor seinem Eigentumserwerb erfolgte, oder erwirbt er Eigentum erst nach der Klage, so ist die Klage abzuweisen. (Natürlich kann das positive Recht auch anders regeln.)

Niemals kommt es auf die »natürliche« Reihenfolge der Ereignisse an; die vom Rechte geregelte Zeitfolge ist unabhängig von der wirklichen. Häufig hat sich infolge der Verkennung dieses Sachverhalts auf dem Umwege über den Empirismus Naturrecht eingeschlichen. So scheint es ein ganz »natürlicher« Satz zu sein, daß man nur über das verfügen kann, was einem gehört. Es müßte also das »Gehören« vorzeitig sein zum »Verfügen«. Aber schon das Römische Recht und auch das moderne haben sich mit diesem Satz in Widerspruch gesetzt[1]). Man denke an die Exceptio rei venditae et traditae, die §§ 366 A. B. G. B. und 185 B. G. B. Diese Bestimmungen haben die Tatbestände des »Gehörens« und »Verfügens« zu wechselzeitigen gemacht, da sich ihre Reihenfolge vertauschen läßt.

Oder um noch ein Beispiel anzuführen: § 84, Absatz 1, B. G. B. bestimmt: »Wird die Stiftung erst nach dem Tode des Stifters genehmigt, so gilt sie für die Zuwendungen des Stifters als schon vor dessen Tode entstanden.« Was liegt in dieser angeblichen Fiktion? Nichts anderes als daß die Tatbestände der Genehmigung der Stiftung und des Todes des Stifters als wechselzeitig angesehen werden, da es gleichgültig ist, ob der

[1]) Vgl. Ihering, Geist des Röm. R., III. 1, § 53, 2, S. 163[4].

Digitized by Google

Stifter vor Genehmigung gestorben oder Genehmigung vor dem Tode des Stifters erfolgt ist.

Endlich: Die Belohnung ist auch zu entrichten, wenn die Handlung nicht mit Rücksicht auf die Auslobung vorgenommen wurde. (§ 657 B. G. B.) Handlung und Kenntnis von der Auslobung sind also wechselzeitig. Es ist gleichgültig, ob zuerst die Handlung erfolgte und dann die Kenntnis von der Auslobung hinzutrat oder umgekehrt.

In Zusammenhang damit steht die Frage der »rechtlich relevanten Zustände«[1]. Wir haben hier unsere Auffassung zu verteidigen, daß es sich für das Recht nur um Tatbestände im Sinne von Vorgängen, nicht jedoch um Zustände handeln kann. Unsere Aufgabe ist daher zu zeigen, daß auch die »rechtlich relevanten Zustände« auf Tatbestände zurückzuführen sind.

Unter einem Zustand im natürlichen Sinn des Wortes versteht man — wir brauchen hier auf Genauigkeit nicht zu achten — ein irgendwelches Beharren, Sich-gleich-bleiben im Gegensatz zur Veränderung. Freilich muß auch der Zustand durch ein Ereignis zustande kommen; er wird also eingerahmt durch die ihn begründende und aufhebende Veränderung. So läßt sich jeder Zustand bestimmen durch die Angabe der ihn begründenden und beendigenden Vorgänge. Dagegen läßt sich nicht umgekehrt jeder Vorgang durch Angabe des ihn beendigenden Zustande bestimmen, denn nicht jeder Vorgang führt zu einem Zustand, sondern es kann sich sogleich ein neuer Vorgang anschließen. Wohl hat jeder Vorgang seinen Endpunkt, doch kann dieser Punkt bloßer Punkt sein, ohne anzudauern, also zum Zustand zu werden. Scharfe Grenzen lassen sich allerdings hier nicht ziehen und dies ist umsomehr Grund, diesen Dualismus auszuschalten und eine Konstruktion durch Rückführung auf Vorgänge vorzunehmen.

Nun kann freilich das Recht Vorgänge, die in einen Zustand ausmünden, mit Hilfe dieses Zustandes bezeichnen. Dennoch bleibt dann der Vorgang, nicht der Zustand, Tatbestandselement. Nicht der Wohnsitz, nicht das Eigentum, sondern die Wohnsitzbegründung, der Eigentumserwerb rufen die Rechtsfolgen hervor.

[1]) Bekker, Pandekten II, S. 1 f., Eltzbacher, a. a. O., S. 67 f.

Digitized by Google

Wir müssen hier darauf aufmerksam machen, wie wieder mit Benützung empiristischer Gedanken Naturrecht entstand. Die Bezeichnung eines Vorgangs mit Hilfe des Zustandes wird nämlich so aufgefaßt, als wäre der Zustand selbst Rechtsvoraussetzung: sowie der natürliche Zustand endet, endet auch der juristische, meint man — und damit seine Rechtswirkung.

So resultieren zwei einander ergänzende naturrechtliche Sätze, die historisch[1]) eine große Rolle gespielt haben und heute noch unbewußt in juristischen Gedankengängen aufzufinden sind.

1. Jeder Zustand, der als Rechtsvoraussetzung dient, endet durch ein Ereignis, das dem seiner Begründung entgegengesetzt ist und nur durch dieses.

2. Mit dem Ende des Zustands, der als Rechtsvoraussetzung dient, ist auch die Rechtsfolge aufgehoben, die an ihn angeschlossen ist.

Der erste Satz erscheint sogleich bekannter, wenn man ihn so formuliert, wie er historisch eine Rolle gespielt hat: »Die Form der Aufhebung der Rechtsgeschäfte muß der Form ihrer Begründung entsprechen, welche Regel bekanntlich ursprünglich im Römischen Recht gegolten hat[2]). Daß dieser Satz heute nicht mehr gilt, ist freilich zweifellos. Doch spielt wohl der Gedanke in mancher juristischer Argumentation mit, insbesondere ist man infolge der Imperativtheorie den Willen als Zustand auszugeben gezwungen, da nach dieser Theorie der Wille während der Geltungsdauer des durch ihn geschaffenen Gesetzes fortbesteht.

So scheint mir der Streit über die Art der Abänderbarkeit des Statuts der Aktiengesellschaft darauf zu beruhen. Es handelt sich im wesentlichen um folgendes: Das positive Recht, das alte auch heute noch in Österreich geltende Handelsgesetzbuch vom Jahre 1862, hatte nicht klar bestimmt, ob die Abänderung der Statuten mit Stimmenmehrheit in der Generalversammlung beschlossen werden könne oder ob hiezu Einstimmigkeit aller Aktionäre gefordert sei[3]): Man versuchte daher eine der

[1]) Man denke etwa an den Gedankengang der Konzessionstheorie: Das Volk hat die Herrschaft gegeben, kann sie daher auch nehmen.

[2]) D. 46, 3, 80. Prout quidque contractum est, ita et solvi debet.

[3]) Vgl. Renaud, Recht der Aktiengesellschaften, S. 513 ff.[2], Thöl, Handelsrecht S. 436[6].

Digitized by Google

beiden Ansichten aus der »Natur der Sache« herzuleiten. Die letztere Ansicht wird nun in einer Art begründet, oder richtiger gesagt, nicht begründet, die nicht anders erklärlich ist, als daß der oben dargelegte Gedanke der Beweggrund war. So deutlich bei Endemann: »In der Vertragsnatur der Aktiengesellschaft ist es begründet, daß jede Änderung des Gesellschaftsvertrages auf den einmütigen Willen aller zurückgeführt werden muß . . . . . , so daß selbst die Klausel des Statuts: die Generalversammlung soll zu allen Änderungen des Statuts befugt sein, der unzufriedenen Minorität das Recht auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen nicht entzieht, wenn die beschlossene Vertragsänderung vor dem Forum des freien Ermessens nicht bestehen kann[1].«

Also: Das Statut ist durch den einmütigen Willen aller (Gesellschaftsvertrag) zu Stande gekommen, es kann daher nur auf dieselbe Art abgeändert werden[2].

Charakteristisch in der gleichen Hinsicht ist auch der gemeinrechtliche Streit über die Widerruflichkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter. Vor allem Savigny[3] hat als konsequenter Vertreter der Willenstheorie behauptet, die Parteien könnten den Vertrag wieder aufheben, wenn er noch nicht vom Dritten genehmigt sei.

Aus dem Glauben an die aufgestellten Sätze ergibt sich auch die scheinbare Selbstverständlichkeit der Regel, daß die Offerte, der Auftrag mit dem Tode des Offerenten ende. Das Leben des Offerenten ist ein als Rechtsvoraussetzung dienender Zustand; endet es, so endet auch seine Rechtsfolge, die Bindung des Offerenten. Erst die modernen Gesetze (H. G. B. v. J. 1862, B. G. B., Novelle zum A. B. G. B.) haben sich über diese scheinbare »begriffliche Unmöglichkeit« hinweggesetzt.

Endlich: der »rechtswidrige Zustand«[4]. Er gehört zur »objektiven unverschuldeten Rechtsverletzung«. (Damit ist er freilich

[1]) Handbuch 1881, S. 570 f.

[2]) Diese Streitfrage ist heute als solche nicht mehr aktuell, spielt jedoch eine große Rolle in der Frage der Sonderrechte, deren Behandlung auf dieser Grundlage geführt wird.

[3]) Obligationsrecht, § 59, vgl. hiezu Ehrenweig, Zweigliedrige Vorträge, § 7 ff.

[4]) Ihering, Schuldmoment im Röm. Privatr., S. 5 ff.

Digitized by Google

schon auf einen Vorgang zurückgeführt.) »Die Folge der unverschuldeten Rechtsverletzung kann der Idee der Gerechtigkeit zufolge nur in der Aufhebung des objektiv unrechtmäßigen sachlichen Zustandes bestehen; nur so weit also und nur so lange existiert hier ein Anspruch, als ein solcher Zustand besteht . . . Hat der gutgläubige Besitzer den Besitz vorher verloren oder aufgegeben, so fällt die Rei vindicatio hinweg [1].« Auf die entgegengesetzte Möglichkeit: qui dolo malo desiit possidere, braucht wohl nicht erst hingewiesen zu werden.

Dieser erste Begriff des rechtlich relevanten Zustandes, nämlich als Bezeichnung eines Vorganges mit Hilfe des Zustandes, zu welchem er führt, ist somit für die formale Rechtslehre ohne Bedeutung. Es kann aus dieser Bezeichnung des Tatbestandes nicht geschlossen werden, daß das Ende des Zustandes auch die Rechtsfolge aufhebt. Unter dem Worte Zustand verbergen sich jedoch noch andere Begriffe.

Zunächst kann hier derselbe Gedanke zu Grunde liegen, den wir in der Form: die Rechtsgegenstände seien zeitliche Gegenstände, bereits antreffen. Jedes »Recht« und damit jede Pflicht, jede Gebundenheit hat eine gewisse »Dauer« und jede kann daher als Zustand bezeichnet werden. Jeder Tatbestand ist ein Zustand zwischen Eintritt und Erfüllung, bzw. Aufhebung.

Aber man meint noch etwas anderes; eine Rechtsvoraussetzung sei dann Zustand, wenn die Rechtsfolge nur *solange* dauert, als dieser Zustand. Hierunter kann zweierlei gemeint sein, welche beiden Begriffe zu dem Zustandekommen der beiden naturrechtlichen Sätze ebenfalls beitragen und dort zu berücksichtigen sind, die aber auch auf formale Unterschiede verweisen.

Im ersten Sinn sprechen wir von rechtlich relevantem Zustand, *wenn ein Tatbestand auf die gleiche Art aufgehoben wird, wie er eingegangen wurde*, wenn sich also ein unverträglicher Tatbestand findet, der dem Begründungstatbestand entgegengesetzt ist. Wir können diesen als *contrarius actus* bezeichnen. Hierunter können wirkliche Zustände fallen: z. B. der Aufenthalt an einem Ort ist Rechtsvoraussetzung. Das besagt: Die Rechtsfolge wird begründet durch den Vorgang des sich an diesen Ort Begebens, aufgehoben durch

[1]) a. a. O., S. 7.

Digitized by Google

das sich Entfernen von diesem Ort, so werden die Zustände in Tatbestände aufgelöst. Nicht jeder natürliche Zustand ist aber rechtlicher Zustand, das heißt: mit dem Ende des natürlichen Zustandes muß nicht Aufhebung eintreten; das oben genannte Beispiel der Offerte. Hier ist wieder reichlich Platz für »Fiktionen«. Anderseits gibt es auch rechtlich relevante Zustände, die keine natürlichen Zustände sind, z. B. Aufhebung eines Geschäftes nur in der Form der Begründung. Der typisch rechtlich relevante Zustand ist der Schade, er endet durch den contrarius actus der Wiedergutmachung, »Zurückversetzung in den vorigen Stand«. Aber nicht jeder Schade ist ein natürlicher Zustand. Oder kann man bei Schmerzensgeld oder entgangenem Gewinn von Zustand sprechen?

Wir argumentieren also gerade umgekehrt wie die Naturrechtler. Während diese annehmen, daß mit dem Ende eines natürlichen Zustandes die durch seinen Eintritt begründete Rechtsfolge verschwindet, sprechen wir von Zustand im juristischen Sinn dann, wenn der dem Eintritt eines Zustandes entgegengesetzte Vorgang die Rechtsfolge verschwinden läßt.

Natürlicher Zustand und juristischer Zustand haben nun allerdings nicht mehr viel Gemeinsames. Überhaupt wird es zweckmäßig sein, mit diesem juristischen Zustandsbegriff nicht zu operieren, da der Begriff des contrarius actus, der Entgegengesetztheit nicht scharf umrissen ist und es häufig im Einzelfall zweifelhaft sein kann, ob es sich um einen contrarius actus handelt oder nicht.

Nicht zu verwechseln sind diese Fälle mit jenen, bei welchen die Rechtsfolge mit einem dauernden Tatbestand anwächst, so daß jeder Augenblick des Tatbestandes sein Gegenbild in der Rechtsfolge hat, z. B. Zinsenpflicht, Alimentationspflicht. Hier ist die Zeit Inhalt[1]).

Viel wichtiger ist die zweite Bedeutung von Zustand. Die Rechtsordnung kann verlangen, daß in dem Moment, indem die Rechtsfolge entspringt, mit dem Selbständigwerden des Tatbestandes, sämtliche Tatbestandselemente vorhanden sein müssen; sie kann sich aber auch damit be-

[1]) Vgl. oben, S. 129.

Digitized by Google

gnügen, daß einzelne dieser Tatbestände nur früher vorhanden waren und später durch unverträgliche Tatbestände vernichtet wurden. Erstere nennen wir kontinuierliche, letztere punktuelle Tatbestände. Allgemein gefaßt finden wir dieselbe Sachlage bei Tatbeständen innerhalb eines größeren Tatbestandes. Der eine Teiltatbestand muß noch bestehen, wenn der andere hinzutritt, auch wenn hiedurch noch nicht der ganze Tatbestand gegeben ist. Beispiel: Jemand war zur Zeit der Verletzung einer Sache Eigentümer; er will Klage erheben. Die Rechtsordnung kann nun verlangen, daß der Kläger noch Eigentümer ist, sie kann aber auch darauf verzichten und den Verlust des klägerischen Eigentums vor Klagsanstellung nicht berücksichtigen. Im ersteren Fall ist der Eigentumstatbestand kontinuierlich, im zweiten punktuell.

Unter den Begriff des kontinuierlichen fällt der von der herrschenden Lehre etwas vernachläßigte Begriff des Akzessorischen. Die Forderung ist kontinuierlich im Pfandrechtstatbestand. Akzessorietät ist ein bloßer Spezialfall der Kontinuität.

Auch hier müssen wir von Kontinuität, bzw. Punktualität relativ zu sprechen. Es handelt sich ja um ein Verhältnis mindestens zweier Tatbestände zueinander. Ebenso läßt sich die Unterscheidung einseitiger und wechselseitiger Fundierung anwenden, je nachdem ob die Kontinuität, bzw. Punktualität umkehrbar ist oder nicht, ob also der Tatbestand zu dem ein anderer kontinuierlich ist, selbst relativ zu ersterem kontinuierlich ist oder nicht. Es zeigt sich hiebei, daß die Möglichkeit wechselseitiger Fundierung nur vorliegt, wenn es sich um wechselzeitige Tatbestände handelt, da ein nachzeitiger Tatbestand seinem Wesen nach auf den vorzeitigen folgen muß, also nicht vorher eingetreten sein kann.

Die Unterscheidung zwischen kontinuierlichen und punktuellen Tatbeständen fällt nicht zusammen mit der von wechselzeitigen und vorzeitigen. Diese Begriffe kreuzen sich. Es gibt kontinuierliche wechselzeitige Tatbestände: corpus und animus beim Besitz. Gleichgültig ist, was früher eingetreten ist, aber beim Eintritt des zweiten Tatbestandes muß es vorhanden sein. Kontinuierliche vorzeitige Tatbestände: Die Erbfähigkeit muß schon vor dem Erbanfall vorhanden gewesen sein, jedoch auch in diesem Zeitpunkt. Ebenso das obige Beispiel: Eigentum, Klage, wenn

Digitized by Google

Eigentum als Klagsvoraussetzung gefordert wird. Im gegenteiligen Fall haben wir punktuell-vorzeitige Tatbestände. Endlich punktuell-wechselzeitige Tatbestände. Die Eintragung der Ehepakte ins Handelsregister hat zur Voraussetzung: Eheschließung und Vollkaufmannsqualität; gleichgültig ist, welches von beiden früher eingetreten ist. Die Vollkaufmannsqualität wird durch eine bestimmte Höhe der Steuerleistung begründet, sinkt diese später, so bleibt die Änderung ohne Einfluß.

Besonders, wenn es sich um vorzeitig-kontinuierliche Tatbestände handelt, ist es naheliegend, von Zuständen zu sprechen. Der erste Tatbestand muß von s e i n e m Eintritt bis zum Eintritt des fundierten Tatbestands dauern; hier unterstützt noch die Bedeutung von Zustand als Recht. Das Eigentum als Recht muß eine Dauer haben, meint man.

Aber auch Zustand und Vorgang im ersten Sinn einerseits und kontinuierlich und punktuell anderseits kreuzt sich. Kontinuierlicher Zustand: Schade gegenüber der Klage; ist der Schade wieder gutgemacht, so ist die Klage abzuweisen. Kontinuierliche Vorgänge: Rechtsgeschäfte, die nicht auf dieselbe Art rückgängig gemacht werden können, wie sie eingegangen wurden (z. B. wenn Dritte Rechte erworben haben) sind Vorgänge. Akzessorisch, das ist kontinuierlich zu diesen Tatbeständen ist die Bürgschaft. Werden die Rechtsgeschäfte aufgehoben, so fällt auch die Bürgschaft.

Punktuelle Zustände: Eigentum, das im Zeitpunkt der Klage nicht mehr vorhanden sein braucht. Schade gegenüber der Strafe, Wiedergutmachung wirkt entweder garnicht oder bloß mildernd, (außer bei tätiger Reue). Punktuelle Vorgänge: Auch wenn die Ehe, die ja als Rechtsgeschäft, einen Vorgang darstellt, geschieden wird, besteht die Alimentationspflicht des Mannes. Wäre es anders, so läge ein kontinuierlicher Vorgang vor.

Auch hier hat man eine Fortdauer des zerstörten punktuellen Tatbestandes fingieren wollen. Dazu ist kein Anlaß. Das Recht ist nicht an die natürliche Zeit gebunden, es verfügt souverän über die Stellenordnung seiner Tatbestände. Das zeigt auch die rückwirkende Kraft der Bedingung.

Die aufgezeigten Formen wären nun auch, wie für unselbständige, für unverträgliche Tatbestände darzulegen. Wir deuten nur an: Auch unverträgliche Tatbestände können vorzeitig sein;

Digitized by Google

z. B. muß das unverträgliche Veräußerungsverbot seine Stelle vor einer Veräußerung haben; dann ist die Veräußerung »ungültig«. Hier liegen Wurzeln der Begriffe Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Oder: mala fides superveniens nocet bedeutet Wechselzeitigkeit der mala fides gegenüber dem Tatbestand, den sie vernichtet. Es ist gleichgültig, ob die mala fides schon vor dem Erwerb bestand oder erst später hinzutritt. Auch Kontinuität oder bloße Punktualität kann verlangt werden. Erbunwürdig ist, wer ein Verbrechen gegen den Erblasser begangen hat, wenn ihm der Erblasser nicht vergeben hat: Kontinuität; wäre die Vergebung irrelevant: Punktualität.

Eine unser Thema berührende Untersuchung führt Ihering[1]). Es wäre jedoch zu weitläufig, seine Ansicht ebenso genau zu kritisieren wie seinen Begriff der Selbständigkeit. Im wesentlichen handelt es sich darum: Zur Charakteristik des älteren römischen Rechts spricht Ihering von der »Präsenz des Tatbestandes«. In welchem Moment müssen die Rechtsvoraussetzungen vorhanden sein? »Darauf erteilt das ältere Recht die Antwort: im Moment der Handlung«. Die Verschiedenheit des Rechtsgeschäfts der späteren Zeit hievon besteht darin, »daß der Entstehungsprozeß sich bei diesem über einen ganzen Zeitraum hinzieht, bei jenem in einen einzelnen Zeitpunkt fällt, daß hier die einzelnen Erfordernisse hintereinander, dort nebeneinander auftreten, ein Gegensatz, den wir passend als sukzessive und simultane Entstehungsweise der Rechtsgeschäfte bezeichnen können[2])«. Der hervortretende Gedanke ist hier der Gegensatz kontinuierlicher und punktueller Tatbestände, doch vermischt sich damit (neben anderem) der Unterschied der Wechselzeitigkeit und Vorzeitigkeit.

II. Kapitel.

Person und subjektives Recht.

I. Das Pflichtsubjekt.

Wir behandeln nunmehr den zweiten der von uns aufgestellten rechtlichen Grundbegriffe, den der Person, des Pflichtsubjekts, ein Thema, das seit Jahrhunderten von der Jurisprudenz

[1]) Geist des Röm. R., III. 1., § 53.

[2]) a. a. O., S. 160.

Digitized by Google

in einem Maße erörtert wird wie kaum ein anderes. Wir haben keinen Anlaß, genau auf den Streit der Schulen einzugehen, es kann nicht zu unserer Aufgabe gehören, eine Dogmengeschichte zu geben oder auch nur den heutigen Stand der Frage darzustellen.

Wir wissen, daß unser Begriff bestimmt ist durch seine Stellung in der Rechtsnorm als relativer Begriff, enthalten als Subjekt im Nachsatz; Subjekt jedoch nicht etwa bloß im sprachlichen, grammatischen Sinn, denn der Sinn eines Rechtssatzes ändert sich nicht, wenn man ihn in modifizierte Formen bringt, wie: Wenn ...., so trifft den A die Verpflichtung... Grammatisch ist hier das Subjekt zum Objekt geworden, am Sinn hat sich jedoch nichts geändert. Jede Pflicht, jedes Sollen, auch im Sinn der formalen Rechtsrelation erfordert einen Verpflichteten, das Sollsubjekt. Das Pflichtsubjekt ist der primäre Begriff der Person, wir werden später sehen, wie hieraus der Begriff des Rechtssubjekts entspringt.

Der Begriff des Pflichtsubjekts ist durch die Angabe seiner Stellung in der Rechtsrelation voll bestimmt; niemals kann der reinen Rechtslehre die Aufgabe gestellt werden, die materialen Kriterien anzugeben, wodurch sich das Pflichtsubjekt abhebt. Das wäre Empirismus, ein Versuch, den besonderen rechtlichen Gegenständen eine bestimmte Anschauung unterzuschieben. Und damit wäre man wieder beim Naturrecht angelangt; denn würde ein positives Recht einmal über diesen abgegrenzten Umfang hinausgehen, was bei der vollen Freiheit des wirklichen Rechts durchaus möglich ist, so wäre man gezwungen, eine solche Norm als Nichtrecht zu bezeichnen.

Nur die empiristische Frage wurde aber bis vor kurzem in der Jurisprudenz gestellt. Man sah das Wesen der Rechtspersönlichkeit in der F ä h i g k e i t, Rechte und Pflichten zu haben. Fähigkeit ist eine Qualität und so ging man konsequent daran, diese Qualität in der empirischen Welt zu suchen, wo man sie bald zu finden glaubte, denn da Rechte und Pflichten als psychische Erscheinungen galten, so war die Antwort leicht, daß nur der Mensch die Fähigkeit der Rechtspersönlichkeit habe; und so mühte man sich in immer erneuten Versuchen an dem Scheinproblem ab, die juristische Person in irgend einer Weise auf den Menschen zurückzuführen.

Digitized by Google

Ich kann es mir nicht versagen, hier wenigstens eine außerordentlich charakteristische Stelle anzuführen: »Ist Person im Sinne des Rechts Rechtssubjekt, so ist die Frage, wann ein solches existiert, für jedes positive Recht, eine Frage seines Inhalts. Nichts ist nach einem bestimmten Rechte ein Rechtssubjekt, dem jenes diese Eigenschaft versagt. Das Recht kann aber nicht, wie manche daraus schließen, diese Eigenschaft beliebigen Dingen beilegen. Jedem Dinge können bestimmte Eigenschaften nur dadurch zukommen, daß es zu einer bestimmten Art von Dingen gehört . .[1]).«

Erst Kelsen und Binder haben mit diesen Auffassungen gebrochen; insbesondere Binders Ausführungen berühren sich enge mit unseren. »Wenn wir fragen wollen, ob die juristischen Personen Rechtssubjekte sind, so müssen wir zunächst fragen, was Rechtssubjekt ist. Diese Frage hat die bisherige Theorie nicht gestellt und nicht beantwortet und auf diesen Mangel an bewußter Methode ist es zurückzuführen, daß das Problem der juristischen Personen noch heute der Lösung harrt. Wer immer sich an das Problem herangewagt hat, der ging von der durch Savigny ihm vorgezeichneten Fragestellung aus: Wer ist Rechtssubjekt, und verriegelte sich selbst damit die Tür zur Erkenntnis[2]). . . . . Die Frage, wer Rechtssubjekt sein kann, darf m. E. nicht untersucht werden, bevor festgestellt ist, was Rechtssubjekt ist. . . . . [3]). Jedes Rechtsverhältnis ist eine Relation. Da aber mit dem Begriff des Rechtsverhältnisses der Begriff des Rechtssubjekts ohne weiteres gegeben ist, muß das Rechtssubjekt selbst wieder eine Relation sein.« Diesen — für das Folgende nicht bedeutsamen — Lapsus müssen wir selbstverständlich dahin korrigieren, daß wir an Stelle von Relation relativen Begriff setzen. »Suchen wir ein analytisches Urteil zu formulieren, das den Begriff des Rechtssubjekts ausdrückt, so finden wir, daß diese Definition nicht wesentlich verschieden von der des subjektiven Rechts sein kann, weil das Rechtssubjekt keine von dem subjektiven Recht lösbare Existenz hat. Wir können daher zu keiner anderen Definition gelangen als:

[1]) Hölder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit. Iherings Jahrbücher 53 (17), S. 41.

[2]) Das Problem der jur. Persönlichkeit, S. 32.

[3]) a. a. O. S. 46.

Digitized by Google

Rechtssubjekt sein heißt in der durch die Rechtsordnung gegebenen Beziehung stehen, die wir ein subjektives Recht nennen.[1])« Wir stimmen mit Binder nur darin nicht überein, das für uns nicht das subjektive Recht, sondern die Pflicht Ausgangspunkt ist. Freilich ist Binder im folgenden wieder dem Empirismus verfallen[2]), dennoch bleibt es sein Verdienst, das Rechtssubjekt in den Zusammenhang der rechtlichen Relation eingestellt zu haben.

Läßt sich nun aber die Frage: Wer ist Rechtssubjekt in die sinnvolle Frage umwandeln: Wer kann Rechtssubjekt sein? Wer ist Träger des subjektiven Rechts in dem früher[3]) angegebenen Sinn? Das besagt: Wir wollen nicht wissen, ob bestimmte Naturtatsachen Pflichtsubjekte sind, sondern wir wollen nur wissen, ob vielleicht eine Gruppe von Naturtatsachen Pflichtsubjekte sein können, als mögliche Verkörperungen des Pflichtsubjekts in Betracht kommen. Die Gesamtheit dieser Naturtatsachen wäre nicht gleich der Gesamtheit der Pflichtsubjekte, sondern die Natursachen könnten, müßten aber nicht Verkörperungen des Pflichtsubjektsbegriffes sein. Der Umfang dieser Naturtatsachen schlöße den Umfang des Pflichtsubjekts ein (während die empiristische Frage und ihre Beantwortung auf die Gleichsetzung der beiden Umfänge losgeht).

Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus unseren Ausführungen über die Träger der Rechtsnorm. Wie Träger des Rechts überhaupt Tatbestände und nichts anderes sind, so sind auch die Verkörperungen jedes einzelnen rechtlichen Grundbegriffs bloß Tatbestände und eine engere Fassung gibt es nicht. Nicht nur die Voraussetzung verkörpert sich in Tatbeständen, sondern auch die Person. Wie die Griechen in jedem Naturvorgang eine Gottheit sahen, so kann auch der Jurist jeden Vorgang als Verkörperuug einer Persönlichkeit ansehen. Das Scheinproblem der juristischen Person hat damit zu bestehen aufgehört; es ist nur mehr die Aufgabe des positiven Rechts, die einzelnen Tatbestände, welche Verkörperungen von Personen darstellen, zu beschreiben.

[1]) a. a. O. S. 49.

[2]) vgl. oben S. 65.

[3]) vgl. oben I. Teil VIII. Abschnitt.

Digitized by Google

Nun scheint es jedoch, als wäre damit der Begriff der Person überhaupt aufgegeben. Bedarf es dann noch eines gesonderten Begriffs? Genügt es nicht, daß die Rechtsfolge ein Tatbestand ist, ist es wirklich noch notwendig, die Rechtsfolge selbst zu zergliedern und den Begriff der Person als in ihr enthalten anzusehen?

Dieser Einwand wäre unrichtig. Es ist notwendig die in der Rechtsfolge gesondert enthaltenen Tatbestände voneinander zu scheiden. Machen wir uns das an einem einfachen Beispiel klar: Ein Rechtssatz laute: Unter bestimmten Voraussetzungen soll der Richter nach gewissen Normen Recht sprechen[1]). Denken wir uns nun die Rechtsfolge so verwirklicht: Jemand, mit allen Zeichen der richterlichen Würde bekleidet, hat, da die geforderten Voraussetzungen vorlagen, einen Rechtsstreit im Gerichtssaale in Anwesenheit der Parteien entsprechend der geltenden Rechtsordnung entschieden. Und doch kann dieser einheitliche Tatbestand scheinbarer Pflichterfüllung nichtig, keine Rechtssprechung sein. Denn wir wissen auf Grund der gegebenen Beschreibung nicht, ob der Richter zum Richter bestellt war; es wäre möglich, daß er sich zu Unrecht die Kennzeichen des Richteramtes zugelegt hätte. Aber um dies zu entscheiden, genügt es nicht, den Blick auf den verwirklichten Tatbestand der Erfüllung, der Erbringung der Leistung gerichtet zu halten, sondern wir müssen den Blick einem anderen Tatbestand zuwenden, nämlich dem der Bestellung des Richters. Erst wenn wir wissen, daß auch dieser Tatbestand verwirklicht wurde, können wir entscheiden, ob die geschilderte Rechtsfolge Pflichterfüllung ist oder nicht.

Und dies gilt allgemein. Die erbrachte Leistung als solche läßt nicht erkennen, ob sie zur Erfüllung ausreicht, es muß der Tatbestand hinzutreten, der uns zeigt, *wer* zu dieser Leistung verpflichtet war. Wir sprechen hier von der *Bezeichnung* der Person.

Da unsere Untersuchung hier in etwas anderer Richtung verläuft als die auf dasselbe Thema gerichtete *Kelsens*, stellen wir die Differenzen fest: Bekanntlich spricht *Kelsen* von normativer Zurechnung und versteht hierunter: »Die auf Grund der Norm vorgenommene Verknüpfung zwischen einem Seinstatbestand und einem Subjekt[2]).«

[1]) Der Streit über die Organpersönlichkeit interessiert uns hier nicht.

[2]) Hauptprobleme, S. 72.

Digitized by Google

Was ist nun dieser Seinstatbestand, der zugerechnet wird? Kelsen meint: »Zwei Bestandteile sind es, die im Inhalt jeder Norm zu unterscheiden sind: das Sollsubjekt, das ist dasjenige, das soll, die Person, der das Soll gilt, an die das Soll gerichtet ist, und das Sollobjekt, das ist dasjenige, was gesollt wird[1].« Dieser zuzurechnende, gesollte Tatbestand, das Sollobjekt, deckt sich mit dem, was wir als Leistung, Erfüllungstatbestand ansehen; von dieser aber läuft nicht direkt die Linie zum »Endpunkt der Zurechnung«, zur Person, sondern hier liegt ein Zwischenglied, nämlich eben jener Tatbestand, durch den die Person bezeichnet wird. Der Endpunkt der Zurechnung ist selbst nur durch einen Tatbestand bestimmt, der nicht mit dem gesollten Tatbestand identisch ist; denn der Bezeichnungstatbestand selbst ist nicht gesollt[2]. Gerade das von Kelsen angeführte Beispiel von der Zurechnung an den Eigentümer des Hauses, von dessen Dach ein Gegenstand gefallen ist, der beim Herabfallen jemanden getötet hat, läßt dies erkennen. Denn die Person, der zugerechnet wird, ist erst bestimmt durch das Eigentum, genauer den Tatbestand des Eigentumserwerbs des Hauses, also durch einen neuen Tatbestand, der nicht selbst gesollt ist.

Es ist also Doppeltes bei der Zurechnung zu unterscheiden: Einerseits das Verhältnis der beiden Tatbestände, des Bezeichnungs- und Leistungstatbestandes, und anderseits das Verhältnis des bezeichnenden Tatbestandes und der Person selbst.

Was das erste betrifft, so ist die Verknüpfung dieser beiden Tatbestände gegeben durch die Rechtsrelation, die diese beiden Termini setzt; der Heranziehung eines normativen Gedanken bedarf es nicht.

Was das zweite Verhältnis betrifft, so gibt es keine Person neben diesem Tatbestand, denn der Tatbestand ist ja Verkörperung der Person. Alles andere sind Hypostasierungen.

Allerdings muß man sich hiebei von der Auffassung frei machen, als wäre die Person ein Ding, bleibend und beharrend, Substanz. Wir werden sogleich alles klarer sehen, wenn wir auf die vorhandenen Strukturen selbst hinblicken.

[1]) a. a. O., S. 71 f.

[2]) Zumindest nicht in der betreffenden Norm selbst, möglicherweise freilich in einer andern.

Digitized by Google

Die Person ist, wie alles Rechtliche, Tatbestand, zeitlicher Vorgang. Die Lehre vom Ganzen und seinen Teilen ist auch hier anwendbar; an Stelle der Selbständigkeit des Volltatbestandes tritt die vollständige bestimmte Bezeichnung des Pflichtsubjekts. Und damit sind alle jene Formen und Möglichkeiten, die wir beim Tatbestand im Sinne von Rechtsvoraussetzung aufgewiesen haben, auch auf den Bezeichnungstatbestand anwendbar. Denn nicht ohne Entschädigung haben wir die Unannehmlichkeiten der Äquivokation des Wortes Tatbestand auf uns genommen; was sich am Tatbestande der Rechtsvoraussetzung zeigen ließ, gilt allgemein für alle Tatbestände und somit alle rechtlichen Grundbegriffe.

Sehen wir näher zu, so duldet es keinen Zweifel, daß mit der Bezeichnung im einzelnen Rechtssatz das Problem der Person noch nicht ganz geklärt ist. Denn die Person übergreift mehrere Rechtssätze, erscheint als »dieselbe« in verschiedenen Normen und gerade darin liegt ihre wesentliche rechtliche Funktion.

Dieses Phänomen wird sogleich erklärlich, wenn wir überlegen, daß Person ein Volltatbestand ist, der sich aus Teiltatbeständen zusammensetzen kann. Die einzelnen Teiltatbestände schichten sich auf einem ursprünglichen Grundtatbestande auf, sind in ihm fundiert, der die »Konstitution« der Person erst eigentlich ausmacht, durch den die einzelne Person geschaffen wird und der in verschiedenen Rechtsnormen als Grundtatbestand der Bezeichnung erscheint, z. B. die Geburt oder die Verleihung der juristischen Persönlichkeit usw. Auf diesem Grundtatbestande bauen sich weitere Teiltatbestände auf, Bezeichnungstatbestände im engeren Sinn, fundierte Tatbestände der Bezeichnung, die die Person für die betreffende Norm bezeichnen, z. B. in der erwähnten Norm, die von der Haftung für Schäden de positis et suspensis handelt der Eigentumserwerb eines Hauses seitens der durch den Grundtatbestand bezeichneten Person. Ähnlich bei Reallasten, Servituten usw. Dies gilt aber nicht nur bei den sogenannten mittelbar zuständigen Pflichten [1]) (actiones in rem scriptae), sondern für jede Bezeichnung; sogar wenn man, was wir ablehnen müssen, »Normen an alle« annimmt, sind »alle« = alle Rechtssubjekte und damit wird wieder auf den Grundtatbestand verwiesen. Häufig freilich

[1]) Vgl. Tuhr, I., S. 102.

Digitized by Google

verschmilzt, wie wir gleich sehen werden, der Tatbestand der Bezeichnung mit dem der Rechtsvoraussetzung.

In jeder Norm also weist der Bezeichnungstatbestand zurück auf einen Grundtatbestand, der in ihm enthalten ist und der die einzelne Person als solche konstituiert und der auch in anderen Normen erscheint, es wäre denn, daß die betreffende Einzelrechtsordnung Pflichtsubjekte kennt, die nur in einer Norm erscheinen; wir können diesen Grenzfall jedoch vernachlässigen. Dieser Grundtatbestand muß aber nicht einheitlich und in der Einzelrechtsordnung immer derselbe sein. Freilich ist eine Rechtsordnung denkbar, die als den einzigen die Person konstituierenden Tatbestand die vollendete Geburt bestimmt; fast immer stehen aber daneben noch eine Reihe anderer Tatbestände, vor allem die der Konstitution der »juristischen Person«, die selbst wieder in eine Reihe verschiedener Tatbestände zerfallen können; denken wir nur an die komplizierte Struktur jenes Tatbestandes, durch welchen sich eine Aktiengesellschaft konstituiert.

Und weiter ist es möglich, daß diese verschiedenen Grundtatbestände in ganz verschiedenen Gruppen von Rechtsnormen auftreten, so daß gewisse Pflichten nur beim Vorliegen des einen, andere beim Vorliegen des anderen Grundtatbestandes entstehen können. Wir verweisen auf die Unterschiede der Stände usw. und auch heute noch z. B. die Frage der Deliktsfähigkeit der juristischen Person. Hier liegt der Kern der Lehre, die die Person nicht als »konstante Größe« ansehen will, es wird jedoch zweckmäßiger sein, hierauf erst bei der Besprechung des Rechtssubjekts einzugehen.

Durch die Gleichheit des Grundtatbestandes in verschiedenen Normen werden Normengruppen in anderer Richtung, als früher beim Rechtsverhältnis dargestellt wurde, wenn auch in denselben logischen Formen zu Einheiten zusammengeschlossen. So nähern wir uns wieder dem Gedankengange Kelsens. Für ihn ist jede juristische Person eine Personifikation von Normen, der Staat die Personifikation der totalen Rechtsordnung[1]), die anderen

[1]) Vgl. insbesondere die glänzenden Ausführungen in: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 205 ff.

Digitized by Google

juristischen Personen Personifikationen von Teilrechtsordnungen[1]. Es fragt sich aber, wodurch gerade die einzelne Teilrechtsordnung zur Einheit gebracht wird und wir glauben, die Antwort hierauf durch die Aufweisung des diesen Normen gemeinsamen Grundtatbestandes der Bezeichnung erteilen zu können.

Nun können wir die an dem Tatbestand der Rechtsvoraussetzung entwickelten Formen auf den Bezeichnungstatbestand übertragen. Die Möglichkeit von Fundierungsverhältnissen, selbständigen und unselbständigen Tatbeständen, haben wir bereits an dem Verhältnis von Grund- und Bezeichnungstatbeständen gesehen. Selbstverständlich gibt es auch unverträgliche Tatbestände und auch hier ist zu unterscheiden zwischen Unverträglichkeit gegenüber dem unselbständigen Grundtatbestand und den sich auf ihm aufbauenden, in ihm fundierten Tatbeständen der Bezeichnung. Von ersteren nenne ich den Tod, die Auflösung der juristischen Person, von letzteren den Verlust des Eigentums des Hauses im Fall der Haftung de positis et suspensis. Ebenso zeitliche Unterschiede. So erklärt sich die »Fiktion« nasciturus pro iam nato habetur, Geburt (also Grundtatbestand) und fundierter Bezeichnungstatbestand sind wechselzeitig. Es ist gleichgültig, ob zuerst die Geburt erfolgte und dann die Bezeichnung oder umgekehrt. Gewöhnlich allerdings herrscht zwischen Grund- und fundiertem Bezeichnungstatbestand das Verhältnis der Vorzeitigkeit, bestimmte Stellenordnung. Auch Kontinuität und Punktualität lassen sich auffinden. Mit besonderer Vorliebe hat man begreiflicherweise gerade den Grundtatbestand als Zustand im Sinne von kontinuierlichem Tatbestand mit allen möglichen und unmöglichen Konsequenzen aufgefaßt. Endet die juristische Person mit dem Beginn der Liquidation, ist also der Grundtatbestand bereits aufgehoben, so können vielleicht die Liquidatoren zur Abwicklung schwebender Geschäfte noch neue Verpflichtungen namens der juristischen Person eingehen; es ist somit der Grundtatbestand punktuell zum Bezeichnungstatbestand usw.

Da nun sowohl Bezeichnung als Rechtsvoraussetzung Tatbestände sind, so ergeben sich hiedurch neue Beziehungen. Vor allem können die Tatbestände derart ineinander geschlungen sein, daß die Bezeichnung (im engeren Sinn: der fundierte

[1]) Problem der Souveränität, S. 20.

Digitized by Google

Bezeichnungstatbestand, nicht der Volltatbestand, der auch den Grundtatbestand einschließt) durch den gleichen Tatbestand erfolgt, durch den die Rechtsvoraussetzung gegeben wird. Wir erfassen beide in einem Zuge; es ist derselbe zeitliche Vorgang, der uns vorliegt. Das ist vor allem der Fall beim Rechtsgeschäft (im weitesten Sinn), das gerade dadurch charakterisiert ist, daß der Verpflichtete selbst im Tatbestand der Rechtsvoraussetzung erscheint, in ihm »handelnd auftritt«. Die Rechtswissenschaft hat gerade diesen Typus immer besonders bevorzugt und ihm einen möglichst weiten Umfang zu erteilen versucht, woraus sich die so häufige Konstruktion der »stillschweigenden Verträge« erklärt. Es steht dies damit in Zusammenhang, daß man den Rechtssatz häufig so formuliert, daß die Bezeichnung als Teil der Rechtsvoraussetzung, somit im hypothetischen Vordersatz erscheint. Das ist möglich, wenn Voraussetzung und Bezeichnung (im engeren Sinn) im selben Tatbestand gegeben werden, also beim Rechtsgeschäft; anderenfalls ist es nicht angängig; sonst kommt es zur Konstruktion stillschweigender Verträge.

Man muß also beide Tatbestände, den der Rechtsvoraussetzung und der Bezeichnung, getrennt halten. Freilich ist keine Pflicht vorhanden, wenn kein Verpflichteter gegeben ist, aber die Bezeichnung ist kein Erfordernis der Selbständigkeit des Tatbestandes; sie weist vielmehr auf jene andere Reihe von Tatbeständen zurück, die zum Grundtatbestand führen und gehört ihrem Wesen nach in die Rechtsfolge. Das erhellt auch daraus, daß die beiden Tatbestände, der Rechtsvoraussetzung und der Bezeichnung nicht so innig verbunden sind, daß sie nicht getrennt werden könnten. Es besteht die Möglichkeit, daß der rechtsgeschäftlich Verpflichtete nicht selbst im Tatbestand auftritt, sondern durch einen Vertreter handelt; dann liegt wieder ein neuer Bezeichnungstatbestand vor: die Bestellung des Vertreters.

Da nun aber doch Rechtsvoraussetzung und Bezeichnung Tatbestände, also zeitliche Vorgänge sind, so sind die zeitlichen Tatbestandsverhältnisse anzutreffen. Das Verhältnis zwischen Voraussetzung und Bezeichnung kann wechselzeitig sein, z. B.: in einem positiven Rechte, das die Ratihabition zuläßt, ist die Bevollmächtigung wechselzeitig zur Voraussetzung (Ab-

Digitized by Google

schluß des Geschäftes), denn die Stellenordnung läßt sich vertauschen; die Bevollmächtigung kann vor dem Geschäft oder als Ratihabition nach ihm liegen, ohne daß sich an der Rechtswirkung des Geschäftes etwas ändert. Ähnlich die Genehmigung eines zur Zeit der Unmündigkeit geschlossenen Geschäftes. Dagegen muß die Richterbestellung dem richterlichen Urteil vorangehen, die Reihenfolge läßt sich nicht vertauschen.

Ebenso finden sich Verhältnisse des Kontinuierlichen und Punktuellen. Die Bevollmächtigung kann z. B. widerrufen worden sein, noch bevor das vom Vertreter eingegangene Geschäft fällig geworden ist. Das ändert nichts an der verpflichtenden Kraft des Geschäftes, also Punktualität der Bezeichnung gegenüber der Voraussetzung. Andererseits: Der Verlust des Eigentums des dienenden Grundstückes bei einer Servitut läßt die Verpflichtung erlöschen: Kontinuität. Anders dann, wenn, wie z. B. bei der Reallast, die bereits fälligen Leistungen auch nach dem Verluste des Eigentums auf dem bisherigen Eigentümer zurückbleiben.

Der hier aufgestellte Begriff der Bezeichnung spielt bereits eine Rolle in einer Rechtsdisziplin: im Prozeßrecht. Was dort unter Legitimation verstanden wird, ist nichts anderes als Bezeichnung des Verpflichteten (Passivlegitimation).

Fügen wir endlich noch hinzu, daß es subjektlose Pflichten nicht geben kann, das heißt, daß es sich in einem solchen Fall um keinen vollständigen Rechtssatz handelt, da ein Bestandteil, das Pflichtsubjekt, fehlt.

II. Das subjektive Recht und das Rechtssubjekt.

Bei der Entwicklung des Begriffs des subjektiven Rechts haben wir zwei Leitsätze im Auge zu behalten, die wir infolge der historisch bedingten polemischen Haltung negativ zu formulieren haben.

Erstens: Das subjektive Recht ist nichts Außerrechtliches, es gibt kein subjektives Recht außerhalb der Rechtsnorm. Der Begriff muß daher, wenn er überhaupt eine Stelle in der reinen Rechtslehre haben soll, sich aus den Grundbegriffen des Rechts ohne Zuhilfenahme anderer Begriffe und Sätze als der formalen Logik ableiten lassen. Das subjektive

Digitized by Google

Recht muß daher aus dem objektiven entspringen, wobei das »Entspringen« selbstverständlich nur logisch verstanden werden kann. Das objektive Recht ist logisch vor dem subjektiven. Die Umkehrung würde bedeuten, daß der zusammengesetzte Begriff den Vorrang vor dem einfachen erhält, was Widersinn wäre. Widersinnig im strengen Sinn des Wortes ist es also, das objektive Recht aus dem subjektiven herleiten zu wollen.

Auch in diesem Punkte war es Kelsen, der mit voller Klarheit den richtigen Sachverhalt darstellte [1]. Mit der Widerlegung jener Auffassungen, die ein materielles, metajuristisches Element in die Bestimmung einbeziehen, brauchen wir uns nach Kelsens Kritiken nicht mehr aufzuhalten. Sie untersuchen den Träger des Begriffs statt des Begriffs selbst, sie fragen nach dem »wann«, nicht nach dem »was«. Es tritt in diesen Theorien die bereits geschilderte empiristische Ansicht zu Tage, die das subjektive Recht als einen Kreis um die Person, eine Machtsphäre, das objektive Recht als deren Grenzen auffaßt. Das gilt in gleicher Weise für die sich bekämpfenden Willens- und Interessentheorien [2], ebenso auch für die bereits erwähnte [3] Machttheorie Binders.

Der zweite Leitsatz lautet: Die »Subjektivierung« des subjektiven Rechts kann niemals Subjektivierung in dem Sinne sein, daß aus dem objektiven Recht »mein« Recht wird. Diese Frage hat auch Kelsen gestellt freilich hat sie bei ihm nicht den empiristischen Sinn, den sie sonst zu haben pflegt [4].

Es mag sein, daß bei diesem Gedanken der erkenntnistheoretische Gegensatz des Subjektiven und Objektiven eine Rolle spielt, aber subjektives Recht hat mit diesem Begriff des Subjektiven gar nichts zu tun. Verfolgen wir diesen Gedanken nur in einer Richtung: Wir fassen die Rechtsnormen in Rechtssätze; von Subjektivierung eines Satzes kann man dann sprechen,

[1]) Hauptprobleme, S. 618 ff.

[2]) Da diese schließlich doch das Wesen des Rechts im Dürfen, im Genuß sieht, ist sie schon durch Thon widerlegt.

[3]) Vgl. oben, S. 65.

[4]) So bei Thon passim und vor allem bei Bierling, Kritik der jur. Grundbegr., II., S. 40 ff., der die Frage: Wer ist Anspruchsinhaber? gleichsetzt mit: Wer kennt durch die Anerkennung als Gemeinschaftsnorm sich einen Anspruch zu? Vgl. auch die Formulierung, S. 68.

Digitized by Google

wenn irgend ein Mensch diesen Satz wirklich denkt oder ausspricht. Dieser Sachverhalt hat mit dem des subjektiven Rechts aber nichts gemeinsam, die Gleichstellung der Sachverhalte führt zum Empirismus [1]).

Fest steht nun jedenfalls nach unseren früheren Ausführungen, daß Recht und Pflicht Korrelate sind, derart, daß Rechte ohne Pflichten nicht bestehen können: Recht ist also ein aus der Rechtsrelation entspringender Begriff. So scheint es zunächst das Einfachste, Rechtsvoraussetzung und Recht gleichzusetzen und von subjektivem Recht immer dann zu sprechen, wenn die Pflicht gegeben, also der Tatbestand erbracht ist. Dieser Begriff wäre jedoch zu weit; wir wissen, daß nicht jeder Pflicht ein Recht entspricht.

Es muß demnach ein besonders gearteter Tatbestand sein, wenn wir von subjektivem Rechte sprechen. Es kann uns nicht schwer fallen, einen solchen zu finden: wir heben jene Rechtsvoraussetzungen heraus, die einen Bezeichnungstatbestand enthalten. Daß diese Möglichkeit gegeben ist, bedarf wohl keiner Begründung; es ist ja der Bezeichnungstatbestand Tatbestand und kann als solcher in der Rechtsvoraussetzung erscheinen. Wie jeder Bezeichnungstatbestand (mit Ausnahme des erwähnten Grenzfalls) weist nun auch der in der Rechtsvoraussetzung erscheinende auf seinen Grundtatbestand zurück, durch den eine Person konstituiert wird. Und so erhalten wir sogleich zusammen mit dem Begriffe des subjektiven Rechts den Begriff des Rechtssubjekts, da jener Grundtatbestand mehrere subjektiven Rechte übergreift, das heißt derselbe Grundtatbestand erscheint in den verschiedenen Bezeichnungstatbeständen des subjektiven Rechts und fundiert sie.

Damit wird auch die Einheit der Person als eines Rechts- und Pflichtsubjekts verständlich. Diese Einheit ist durchaus nicht a priori notwendig; es wäre denkbar, daß die Grundtatbestände bei Pflichten und Rechten in einer Einzelrechtsordnung verschieden sind, so daß sich je Einheiten des Pflichtsubjekts und des Rechtssubjekts ergeben würden. Dabei

[1]) Der Gedankengang Bierlings verläuft wirklich ungefähr in dieser Richtung.

Digitized by Google

ist jedoch nicht zu vergessen, daß Rechtssubjekt keineswegs ein Grundbegriff ist wie Pflichtsubjekt. Von Bezeichnung des Rechtssubjekts, wenn keine Möglichkeit besteht, daß dieses Subjekt auch Subjekt irgend einer Pflicht werden kann, läßt sich nur in übertragenem Sinn sprechen. In diesem Fall wurden irgend welche Tatbestände als Bezeichnungstatbestände des Rechtssubjekts herausgehoben und so Normengruppen auf Grund der Gemeinsamkeit dieser Tatbestände zusammengeschlossen. Nur insofern also als die Bezeichnungstatbestände der Pflichten und Rechte auf gemeinsame Grundtatbestände hinweisen, in denen sie fundiert sind, kommt die Einheit der Person als eines Rechts- und Pflichtsubjekts zustande. Auch heute noch ist diese Einheit nicht ganz vollkommen, gibt es doch Personen, die bestimmte Rechte nicht erwerben können, während andere von gewissen Pflichten nicht betroffen werden können. Denken wir nur an die Unfähigkeit gewisser Personen, unbewegliches Gut zu erwerben oder daran, daß nur der »Staatsbürger« öffentliche Rechte hat[1]).

Wir kommen so auf einen bereits berührten[2]) Punkt zurück: die Lehre von der Persönlichkeit als variabler Größe. Ursprünglich von Hölder[3]) in einem gänzlich unjuristischen Sinn vertreten, wurde sie von Binder schärfer gesehen und formuliert.

Binder wendet sich dagegen, das subjektive Recht und mit ihm das Rechtssubjekt als konstante Größe anzusehen. »Es ist anerkannt, daß für unser modernes Recht der Mensch niemals Rechtsobjekt sein kann. Aber es ist damit keineswegs gesagt, daß die Rechtsordnung alle Menschen in derselben Weise schützte, daß alle in derselben Weise Subjekte von Rechten wären[4]) . . . . . Variabel ist die Art des Schutzes, den die Rechtsordnung dem Menschen gewährt[5]).« Wieder aber hat

[1]) Vielleicht läßt sich auf dem Grundtatbestand (der Person) des Staatsrechts wirklich eine Rechtsdisziplin des Staatsrechts errichten; daß die herrschenden Einteilungen des Rechts in öffentliches und privates unhaltbar sind, hat Kelsen nachgewiesen.

[2]) Vgl. oben, S. 145.

[3]) Über natürliche und juristische Personen.

[4]) a. a. O., S. 41.

[5]) a. a. O., S. 61.

Digitized by Google

Binder seinen Gedanken unrichtig weitergedacht und ist in Empirismus verfallen. Er führt nämlich die Variabilität der Persönlichkeit auf die Variabilität der Rechtsausübungsfähigkeit zurück[1]), was in Zusammenhang mit seiner Machttheorie des subjektiven Rechts steht. Dafür haben wir kein Interesse. Auch die mathematische Formulierung müssen wir ablehnen; es handelt sich nicht um ein Mehr oder Minder an Fähigkeit; man müßte dann eine kontinuierliche Reihe mit Graden von Rechtsfähigkeit aufstellen können.

Was als richtiger Gedanke zu Grunde liegt, ist nur das, daß die Grundtatbestände der Bezeichnung in der Einzelrechtsordnung sich durchaus nicht auf einen einzigen reduzieren lassen müssen. Und hier stimmen wir Binders Kritik der herrschenden Lehre zu. Die herrschende »Theorie hat sich eine einzige Schablone von Recht und Rechtsfähigkeit gezimmert und muß bei der Vielgestaltigkeit des Lebens infolgedessen an allen Ecken und Enden anstoßen. Was in Wirklichkeit nur einer von vielen Fällen ist, das erscheint ihr nicht etwa bloß als Normalfall, nein, als der allein denkbare, allein wirkliche Fall und darum muß jede Erscheinung des Rechtslebens auf ihn zurückgeführt werden. Man fingiert den Menschen, man konstruiert einen Gesamtmenschen, man bezeichnet den Verfüger oder den Genießer als Rechtssubjekt, nur um einen Menschen als Rechtssubjekt zu haben[2]).«

Die herrschende Lehre ist doppelt gefesselt, einerseits durch die Tradition von den Römern an, für die im wesentlichen nur Menschen als Personen in Betracht kamen, andererseits von der durch das Naturrecht begründeten politischen Theorie, die gleiche Rechte für alle verlangt und die es wirklich zustande gebracht hat, die mittelalterlichen Unterschiede und Abstufungen der Persönlichkeit zu vernichten.

Mit dieser Erkenntnis sind alle Probleme der Person gelöst. Die Einheit der Rechtsfähigkeit ist damit allerdings zerstört; der Unterschied der Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit rückt in neue Beleuchtung. Die Handlungsfähigkeit ist nur einer jener fundierten Tatbestände, die sich auf den Grundtatbestand

[1]) Vgl. insbesondere S. 63.

[2]) a. a. O., S. 41 f.

Digitized by Google

der Rechtsfähigkeit aufschichten. Daß daneben noch andere bestehen und deren Zahl in der Einzelrechtsordnung nur beschränkt ist durch die Zahl der Normen dieser Rechtsordnung, ist klar. Auch die herrschende Theorie kennt schließlich die Begriffe der Deliktsfähigkeit, Wechselfähigkeit, Testamentsfähigkeit, Adoptionsfähigkeit usw. Nehmen wir bei dieser Gelegenheit nur im Vorübergehen Stellung zu dem Streite, ob das Recht des Vormunds, Kurators usw. ein eigenes sei oder das des Vertretenen, so ergibt sich leicht die Entscheidung: der Grundtatbestand ist die Rechtsfähigkeit des Mündels usw.; in gewissen Normen, vor allem den das Rechtsgeschäft betreffenden, schiebt sich ein neuer fundierter Tatbestand ein, die Bestellung des Vormunds usw. Da die Person durch den Grundtatbestand konstituiert wird, muß das Recht auf ihm bezogen werden, ist also ein Recht des Mündels usw. Nur die verzweifelte Situation des Empiristen, der keinen Ausweg mehr sieht, konnte den Glauben erwecken, mit Hilfe solcher Gewaltmittel, wie der Auffassung dieser Rechte als eigener Rechte des Vormunds usw. eine klare Konstruktion zu erringen[1]).

Ebenso ordnen sich in die Reihe der fundierten Tatbestände ein die Parteifähigkeit, die Prozeßfähigkeit und deren Abstufungen, die sich wieder auf dem Tatbestand der Handlungsfähigkeit aufbauen können (vgl. § 51 Reichsdeutsche Z. P. O.), aber auch unabhängig davon sein können wie die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft, die doch nicht »rechtsfähig« oder wenigstens nicht in jeder Hinsicht rechtsfähig ist, die passive Parteifähigkeit des nicht eingetragenen Vereins nach deutschem Recht (§ 502 Z. P. O.) usw. Und wie die Passivlegitimation Bezeichnung des Pflichtsubjekts ist, so ist die Aktivlegitimation Bezeichnung des Rechtssubjekts.

Von hier geht der Weg zur Erklärung jener Phänomene, die der herrschenden Theorie so schwere Aufgaben stellten: Die Mehrheit der Rechtssubjekte, die Verhältnisse der Gesamthand, überhaupt der Gemeinschaft, der »Zwischenstufen« zwischen Gesellschaft und juristischer Person. Immer ist hiebei das methodische Prinzip im Auge zu behalten, nach dem Bezeichnungstatbestand und den in ihm eingeschlossenen Grundtatbeständen (denn es können auch mehrere sein) zu suchen.

[1]) Davon getrennt zu halten ist natürlich das Problem, ob der Vormund ein Recht auf seine Stellung hat.

Digitized by Google

Wir können jedoch diesen Weg nicht einschlagen, sondern müssen zu unserem früheren Gedanken zurückkehren. Wir sind bis zur Erkenntnis vorgedrungen, daß das subjektive Recht in einem Tatbestand erscheint, der eine Bezeichnung enthält. Das subjektive Recht wäre also gegeben, wenn der Tatbestand voll erbracht ist, selbständig geworden ist. Allein damit haben wir nicht jene Struktur getroffen, die der herrschenden Lehre bei der Konzeption ihres Begriffes vom subjektiven Recht vorschwebt. Man spricht ja schon dann von einem subjektiven Recht, wenn noch gar keine zugehörige Pflicht gegeben ist, auch wenn der Tatbestand noch nicht selbständig, die »Fälligkeit« noch nicht eingetreten ist; schon da steht dem Berechtigten das Recht zu. Freilich wird diese Sachlage von der herrschenden Lehre in psychologischer Umkleidung dargestellt. Der Berechtigte verfügt zwar über das Recht, aber es steht in seinem freien Belieben, ob er von ihm auch Gebrauch machen, es »ausüben« will. Wieder ist es der Wille des Menschen, dem, wie wir schon an den Kannrechten sahen, eine Sonderstellung unter den Tatbeständen eingeräumt wird.

Wir wollen nun prüfen, ob in diesen Argumentationen nicht doch ein richtiger Kern verborgen ist, den wir rein formal, losgeschält von allem Psychologischen gewinnen und so einen Begriff erhalten können, der die unklare Intention der herrschenden Meinung erfüllt und die zugehörigen Probleme ihrer Lösung zuführt.

Gehen wir hiebei von der Untersuchung dessen aus, was unter Rechtserwerb zu verstehen ist. Der Erwerb eines Rechtes bedeutet noch nicht notwendig die Begründung einer Pflicht. Man hat z. B., wie übereinstimmend behauptet wird, schon mit dem Abschluß eines Vertrages ein Recht erworben, noch bevor eine Forderung, welcher Art immer, aus dem Vertrage fällig geworden ist; es liegt somit zunächst nur ein unselbständiger Tatbestand vor.

Was hat dieser unselbständige Tatbestand, der den Rechtserwerb ausmacht, geleistet? Die Antwort ist klar: Es ist der Bezeichnungstatbestand des Rechtssubjekts. So sind wir uns bereits darüber klar, was Rechtserwerb bedeutet. Rechtserwerb ist der Bezeichnungstatbestand des Rechtssub-

Digitized by Google

jekts, gleichgültig ob die übrigen Teiltatbestände der Rechtsvoraussetzung gegeben sind oder nicht. Damit verstehen wir, wieso es möglich ist, daß ein Recht erworben wurde, noch bevor die betreffende Pflicht existent wurde. Der Bereich des subjektiven Rechts nach dieser Bestimmung reicht so weit, wie ihn die herrschende Lehre denkt.

Die noch fehlenden Teiltatbestände können verschiedener Art sein; wir erwähnen hier noch den Fall, daß einer dieser Teiltatbestände ein »Handeln« des bezeichneten Rechtssubjekts beinhaltet. Beispiel: Das Recht aus dem Inhaberpapier ist mit dem Eigentumserwerb des Papiers erworben, zur Fälligkeit kann jedoch noch das Erfordernis der Präsentation hinzutreten. Anders bei dem Vertrage, bei dem dies interpellat pro homine. Im ersteren Fall haben wir ein Analogon zur Rechtsfolge; wie dort die Bezeichnung und die Erbringung der Leistung getrennte Tatbestände sind, aber die Erbringung der Leistung Erfüllung ist, den Verpflichteten befreit, so auch hier: die »Handlung« des Rechtssubjekts ist ein Tatbestand neben dem Bezeichnungstatbestand. Freilich erlischt das Recht nicht, geht nicht verloren mit der Erbringung dieses Tatbestandes, sondern erst mit der Erfüllung der Pflicht, bzw. der Aufhebung. Wir können wohl mit einem gewissen Rechte für diesen Fall den Terminus Ausübung in Anspruch nehmen, indem wir die vielfachen übrigen Äquivokationen dieses so arg mißbrauchten Wortes ausschalten.

Allein noch sind nicht alle Schwierigkeiten, die sich der Erklärung des subjektiven Rechts entgegentürmen, überwunden. Erproben wir die gewonnene Theorie an einem Spezialfall, einem der lehrreichsten des Rechts, am Vertrag zu Gunsten Dritter, so taucht ein neues Problem auf. Hier liegt zunächst alles so, wie wir es geschildert haben: Durch den Vertrag wird (außer dem Pflichtsubjekt) ein Rechtssubjekt bezeichnet, die Fälligkeit kann auch später eintreten; wer aber hat hier das Recht aus dem Vertrag erworben? Gibt es überhaupt nur einen Berechtigten und nicht vielleicht zwei? Kann man von »gespaltenen Verträgen« [1]) sprechen?

Es zeigt sich, daß der aufgestellte Begriff des subjektiven

[1]) Ehrenzweig, Zweigliedrige Verträge.

Digitized by Google

Rechts noch nicht ganz klar und fest ist und daß wir zweierlei unterscheiden müssen[1]):

1. Wenn A ... (+ t ...), soll B ...

2. Wenn T ..., soll B; non B + A ..., soll C ... und daraus die Kombination:

Wenn A ... (+ t ...), soll B; non B + A ..., soll C.

Wenn A ... (+ t ...), soll B; non B + D ..., soll C.

Das subjektive Recht besteht also entweder darin, daß die Bezeichnung des Rechtssubjekts für den Tatbestand der primären oder für den Tatbestand der sekundären Norm erbracht wird. Ersteres bezeichnen wir als Befugnis, letzteres als Anspruch. Es ist möglich, daß in beiden Tatbeständen die gleiche Person erscheint, es kann aber auch ein Wechsel eintreten. Zum Anspruch gehört vor allem die Klage, doch nicht die Klage allein; dagegen nicht die Strafanzeige, denn sie ist keine Bedingung der Strafpflicht des Staates, die unabhängig von der Anzeige besteht.

Die Gemeinsamkeiten beider Begriffe des subjektiven Rechts sind jedoch nicht zu übersehen. Beide Male handelt es sich um Bezeichnungstatbestände innerhalb einer Rechtsvoraussetzung; beide Male kann die Bezeichnung erfolgen bevor die übrigen Elemente des Tatbestandes gegeben sind, wobei wir dann von Erwerb sprechen; insbesondere ist der Anspruch schon dann erworben, wenn auch noch nicht die Nichterfüllung gegeben ist, denn die Nichterfüllung ist ein Teiltatbestand der sekundären Norm. Ist in der betreffenden Norm der Anspruchsberechtigte dieselbe Person wie der Befugnisberechtigte, so kann die Bezeichnung durch denselben Tatbestand erfolgen, wie dies vor allem beim einfachen Vertrag geschieht.

Was endlich das Verhältnis des Kannrechts zur Befugnis betrifft, so fällt das Kannrecht unter die Befugnis. Denn das Können ist Können einer Person, also Bezeichnung. Hiebei wäre

---

[1]) Wir müssen zu Zwecken der Vereinfachung etwas schematisieren; wir wollen ja keine ausgeführte Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter geben. Wir nehmen daher einfach an, daß bei den Verträgen zu Gunsten Dritter der Promissar die Befugnis, der Begünstigte den Anspruch hat, obwohl daneben andere, vielleicht wichtigere Möglichkeiten bestehen.

Digitized by Google

zu scheiden zwischen primären und sekundären Kannrechten, das ist solchen, die im Tatbestand einer primären und solchen, die in einer fundierten Norm erscheinen, wobei die sekundären (sanktionierenden) Normen, die ja auch fundiert sind, außer Betracht bleiben, da die dort erscheinende Bezeichnung den Anspruch darstellt. Beispiel für ersteres: Vertragsabschluß, letzteres: alle »Gestaltungsrechte«. Zu den Befugnissen gehören auch die negativen Rechte, das sind solche unverträgliche Tatbestände, die eine Bezeichnung enthalten: Verzicht, Rücktritt usw., aber auch Anfechtung u. ä. Alle diese Begriffe sind echte Leerformen, zum Gebiet der formalen Rechtslehre gehörig, aber freilich niemals in dieser Hinsicht erforscht. Wir können leider nicht darauf eingehen.

Daß das subjektive Recht nichts Einheitliches ist, ist keine neue Behauptung. Vielfach hat man nach Unterscheidungen gesucht. Wir können keine Dogmengeschichte geben, gehen daher nur kurz auf die Auffassungen einiger Autoren ein.

Bierling[1]) hat zwischen Befugnis und Anspruch geschieden, freilich in anderem Sinn als wir, insbesondere indem er als Befugnis das Recht auf ein eigenes Handeln bezeichnet. Die Kritik des Begriffes des »Rechtes auf« müssen wir jedoch auf später verschieben.

Dagegen stimmen unsere Begriffsbestimmungen fast ganz mit den von Thon gegebenen überein. »Das subjektive Recht wird durch die Verheißung eventueller Ansprüche begründet, es besteht in der Aussicht auf solche. Oder genauer, es erwächst für den durch die Normen Geschützten aus der Bestimmung des objektiven Rechts, wonach ihm für den Fall der Übertretung der ersteren ... der Anspruch gewährt wird[2]) ... In seiner ... vornehmlichsten Form bedeutet der Anspruch die von der Rechtsordnung verliehene Macht, die Vorbedingung für den Eintritt der Imperative zu setzen, welche bestimmten Organen (zumeist den Gerichten) die Gewähr von Rechtshilfe befehlen[3]) ... Stets hat der Anspruch eine Normwidrigkeit zur Voraussetzung[4]).«

[1]) Kritik der juristischen Grundbegriffe, II., S. 49 ff.

[2]) a. a. O., S. 218.

[3]) a. a. O., S. 228.

[4]) a. a. O., S. 250.

Digitized by Google

In unsere Terminologie übertragen heißt das: Das »subjektive Recht« (im Sinne Thons) ist der Anspruch in dem Stadium, bevor der Volltatbestand des Unrechts gegeben ist; wir erwähnten schon, daß die Bezeichnung des Anspruchsberechtigten vor der Verselbständigung des sekundären Tatbestandes erfolgen kann. Erst wenn die Nichterfüllung vorliegt, wird das »subjektive Recht« zum »Anspruch«.

Ebenso deckt sich Thons Bestimmung der Befugnis mit der unsrigen.

III. Die Derivation.

Aus der Bestimmung des subjektiven Rechts und Rechtssubjekts ergibt sich auch die Lösung der Aufgabe, die wir an früherer Stelle nicht völlig fertig stellen konnten, nämlich die Übertragung von Rechten, bzw. Pflichten. Wir sahen bei der Besprechung der Rechtsänderung, daß auch die Person des Verpflichteten sich ändern kann, daß die ursprünglich bezeichnete Person durch eine andere ersetzt werden kann[1]). Ebenso ist es möglich, daß das in der Rechtsvoraussetzung bezeichnete Subjekt, der Berechtigte durch einen andern ersetzt werden kann, indem ein neuer Bezeichnungstatbestand an die Stelle[2]) des alten treten kann, der im alten fundiert ist. Unsere Bestimmung des Derivativen ist demnach sehr einfach: Derivation ist neue, fundierte Bezeichnung (Ersetzung), Originarität erste (unfundierte) Bezeichnung. Neben der translativen Derivation steht die konstitutive, bei welcher sich nicht nur die Person des Berechtigten ändert, sondern sich weitere Änderungen in der Rechtsfolge vollziehen, auch hier ist jedoch der Erwerb des neuen Rechtes fundiert im alten.

Mit den Problemen, mit denen sich die herrschende Lehre beschäftigt, haben wir nichts zu tun; von Identität oder Nichtidentität ist keine Rede. Aber welches Kopfzerbrechen hat ihr der »Übergang der Sache« verursacht!

»Die Translation ist ein Akt, in welchem der Gegenstand einen Augenblick beiden zusammen angehört, so wie in der

[1]) Vgl. hiezu Tuhr a. a. O., I., § 12, V.

[2]) Selbstverständlich auch neben den alten. Wir haben dann geteiltes Recht oder irgendwelche Gemeinschaftsverhältnisse. Unsere weiteren Darlegungen sind auf diesen Fall mit den entsprechenden Modifikationen leicht anzuwenden.

Digitized by Google

parabolischen Bahn eines geworfenen Steins dieser im Gipfel derselben einen Augenblick als im Steigen und Fallen zugleich begriffen betrachtet werden kann und so allererst von der steigenden Bewegung zum Fallen übergeht[1].« Anstatt zu sehen, daß es sich um bloße rechtliche Tatbestände handelt, stellte man, wie immer nur das Sachenrecht ins Auge fassend, das tatsächliche Schicksal der Sache in den Vordergrund. So z. B. Dernburg:[2] »Die Rechtssubjekte wechseln, vergehen, die Güter bleiben .... wo heute der eine schaltet, werden morgen andere herrschen. Es findet also Sukzession statt. Dieselbe kann eine unverbundene — originäre — oder eine abgeleitete — derivative — sein.«

Damit wird das Problem der Derivation in die natürliche Zeit übertragen, wozu durchaus kein Anlaß besteht und was nur zu unnötigen Komplizierungen führt. Der Terminus unverbundene Sukzession ist jedenfalls höchst unglücklich gewählt und man könnte ihn wohl eine Contradictio in adiecto nennen. Es ist auch durchaus nicht notwendig, daß die Derivation zeitliche Nachfolge ist. Das Recht verfügt über seine eigene Zeit und es kann daher die neue Bezeichnung (der Derivationstatbestand) gleichzeitig mit dem Haupttatbestand, ja sogar vor ihm sich ereignen, z. B. bei der Übertragung bedingter Rechte. Sind aber zwei »unverbundene Rechte« nacheinander an derselben Sache entstanden, so sind sie rechtlich ganz unabhängig von einander und ihre Aufeinanderfolge in der natürlichen Zeit bedarf in einer Rechtslehre nicht einmal der Erwähnung.

Die vollen Konsequenzen aus dieser empiristischen Auffassung hat Schey[3] gezogen: »Die konkrete Sache ist das Individualisierungsmoment des Eigentumsrechts[4] ..... »eine Sache, ein Eigentum«[5]. Daß dieser Standpunkt angesichts der Möglichkeit mehrerer originärer, zeitlich aufeinander folgender an derselben Sache bestehender Rechte unhaltbar ist, bedarf keiner Begründung. Mag auch vielleicht eine solche Möglichkeit im gemeinen Recht nicht verwirklicht worden und Scheys

[1]) Kant Rechtslehre, § 20, S. 73 (VII. Bd., Ausg. Hartenstein).
[2]) Pandekten, I., § 81.
[3]) Über Rechtsverwandlungen, Grünhuts Zeitschrift, Bd. VII., S. 742 ff.
[4]) VIII., S. 113.
[5]) VIII., S. 161.

Digitized by Google

Behauptungen, die ja sich nur aufs Gemeine Recht zu beziehen scheinen, in der Sphäre dieses positiven Rechts richtig sein, so ändert dies doch nichts daran, daß formal eine solche Möglichkeit besteht und der von Schey aufgestellte Satz daher in der reinen Rechtslehre keinen Platz erhalten kann.

Aber aus anderem Grunde sind die Ausführungen Scheys sehr interessant. Als tiefdenkender Jurist sucht er den Begriff der Rechtsänderung am Begriff der Änderung, wie er in der allgemeinen Logik dargestellt wird, zu orientieren. Und es ist charakteristisch, daß die Logik seiner Zeit, die Logik J. St. Mills ihm keine Hilfe gewähren kann. Denn die bloß mit den Begriffen des Subjekts = Dings und seiner Merkmale operierende empiristische Logik kann freilich dem Juristen keine Unterstützung bieten. So muß Schey sich enttäuscht von der Logik abwenden. »Das Recht mit sogenanntem veränderten Subjekt oder Inhalt ist ein von dem früheren total Verschiedenes ..... Die Rechtsverwandlung ist »logisch unmöglich« ..... Allein: müssen wir dabei stehen bleiben?[1]« Schey antwortet: nein und kann am Schlusse feststellen: »Die meisten der Schwierigkeiten, welche sich vor dem »Begriffe« einer Rechtsübertragung aufzutürmen scheinen, sind auf dem Wege, der uns allmählich zu diesem Institute geführt hat, gar nicht aufgetaucht[2].«

Wir müssem dem freilich entgegenhalten: Was juristisch vorliegt, muß mit den Mitteln der Logik nachgebildet werden können; es gibt kein Gebiet, daß den Anforderungen der Logik entzogen ist. Aber Scheys Arbeit gibt einen schönen Beweis dafür, daß die empiristische Logik für das Recht unbrauchbar ist; nur die moderne Logik, vor allem die Logik der Relationen gibt uns die Kraft, die scheinbaren juristischen Schwierigkeiten aus dem Wege zu räumen.

Bei dieser Gelegenheit sei darauf hingewiesen, daß der Satz: nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet entweder unrichtig oder nichtssagend ist. Er wird unrichtig, wenn er auf alle jene Fälle ausgedehnt wird, in welchen ein fundierter Tatbestand einen andern Berechtigten enthällt als der fundierende, wie in den Fällen der §§ 367 und 456 A. B. G. B. und §§ 932 ff

[1]) VII., S. 750.
[2]) VIII., S. 158.

Digitized by Google

und 1207 B. G. B.; er wird als Rechtsregel nichtssagend, wenn er auf die Fälle eingeschränkt wird, in denen die Rechtsfolgen des derivativ erworbenen Rechtes nicht über die des Rechtes, in welchem es fundiert ist, hinausgehen; das Wort transferre, ein bildlicher Ausdruck, belehrt uns eben durchaus nicht, wann das fundierte Recht über das fundierende nicht hinausgeht, vielmehr muß man gerade umgekehrt, um mit transferre einen juristischen Sinn zu verbinden, wissen, in welchen Fällen diese Beschränkung besteht, in welchen nicht.

III. Kapitel.

Leistung und Sanktion.

I. Die Leistung.

Wir untersuchen nun noch in möglichster Kürze die Grundbegriffe Leistung und Sanktion. Auch die Leistung, das Sollobjekt ist hinsichtlich ihres Trägers ein Tatbestand, nämlich jener, der dem Verpflichteten als Erfüllung zugerechnet wird, ihn befreit. Sie ist es, die unter den terminologisch und inhaltlich stark schwankenden Ausdrücken: Gegenstand des Rechts, Rechtsobjekt usw. richtig verstanden werden muß.

Eine nähere, materiale Bestimmung dieses Begriffes ist nicht möglich und alle derartigen Versuche müssen notwendig fehlgehen und in Fiktionen oder Naturrecht enden; das wirkliche Recht, die Einzelrechtsordnung ist frei darin, welche Tatbestände sie als Leistungen aufstellt.

Die auf Savigny zurückgehende, heute noch meist vertretene Ansicht ist im wesentlichen die, daß die Leistung (der Gegenstand des subjektiven Rechts) eine fremde Handlung, fremder Wille sei. Daß dieser Begriff aber durchaus nicht die Gesamtheit der vom Rechte verlangten Leistungen umfaßt, hat schon Hartmann[1]) gezeigt. In allen Fällen, in denen es sich um die Herbeiführung eines Erfolges handelt, kann der Begriff der Handlung nicht ausreichen. Hat der Verkäufer die Pflicht zu liefern, so ist seine Pflicht z. B. nicht darin erschöpft, die Ware zur Beförderung aufgegeben zu haben, sondern er trägt noch die Gefahr des Transportes. Nach der Handlungstheorie müßte der

[1]) Die Obligation, S. 32.

Digitized by Google

Schuldner jedoch bereits mit der Aufgabe zur Beförderung befreit sein [1]).

Aber auch die entgegengesetzte von Hartmann entwickelte und von Klein [2]) weitergeführte Lehre, es handle sich bei der Erfüllung bloß um die Befriedigung der Zwecke des Gläubigers, reicht nicht aus, um alle hergehörigen Rechtserscheinungen zu decken. So bedeutsam die Lehre ist, insoferne sie ein richtiges Prinzip einer Einzelrechtsordnung aufzeigt, so unverwertbar ist sie für eine reine Rechtslehre. Denn sie stellt ein materiales Prinzip auf, müßte also bei Übertragung in die reine Rechtslehre Naturrecht ergeben, vor allem die apriorische Geltung des römisch-rechtlichen Satzes über den concursus duarum causarum lucrativarum.

In beiden Theorien wirkt folgendes Denkmotiv mit: Indem man das subjektive Recht als logisch der Pflicht vorausgehenden Begriff ansieht, wird das Objekt der Verpflichtung, die Leistung nur im Hinblick auf das Recht bestimmt. Das Recht wird aber nicht als die von uns dargestellte Tatbestandsfiguration angesehen, sondern man wendet sich in bekannter Metabasis ins Psychologische. Während wir den Zusammenhang des Sollobjekts mit dem Berechtigten als rein logischen Relationenzusammenhang erkannten, wird von diesen Theorien das Sollobjekt als intentionales Korrelat des Begehrens, Wollens, des »Interesses« des Berechtigten aufgefaßt.

Beide Auffassungen können deshalb unbemerkt ineinander übergehen, weil sie sprachlich gleich ausgedrückt werden: Die Leistung ist Objekt, aber freilich dem Sinne nach durchaus verschieden: das intentionale und das Relationsobjekt [3]). Auf das intentionale Objekt richtet der Mensch, der die Rolle des Gläubigers spielen kann, seinen Willen; das Relationsobjekt dagegen ist ein von der Relation gesetzter relativer Begriff.

Die Substitution des intentionalen statt des Relationsobjekts

[1]) Vgl. hiezu Schloßmann, Anspruch, Klage, Urteil und Zwangsvollstreckung auf Herbeiführung eines Rechtserfolges. Iherings Jahrb. 45, S. 97 ff.

[2]) Peter Klein, Untergang der Obligationen durch Zweckerreichung.

[3]) Auch diese Vermengung steht in Beziehung zur empiristischen Logik. Sigwarts »Modalrelation« enthält den gleichen Fehler.

Digitized by Google

hat höchst ungünstige Folgen für die Systematik des Privatrechts gehabt, die wir nur andeuten können. Die Einteilung wird nämlich nicht nach der Verschiedenheit des Relations-, sondern des intentionalen Objekts durchgeführt. Eine solche Einteilung kann aber nicht juristisch brauchbare Resultate ergeben. Man denke an die strafrechtlichen Einteilungsversuche nach dem geschützten Rechtsgut. Auch der nie geschlichtete Streit über die Abgrenzung und Charakterisierung der dinglichen und obligatorischen Rechte hat hierin seinen Ursprung. Man meint, der Gegenstand des dinglichen Rechts sei eine Sache, die der Obligation eine fremde Handlung[1]), was vom Standpunkt des berechtigten »Interessenten« aus gesehen ein richtiger und bedeutungsvoller Unterschied sein mag, als juristischer Unterschied jedoch nicht gelten kann.

Diese Einteilung führt zurück auf den von den Pandektisten entwickelten Unterschied der Rechte — auf und Rechte — an. Es ist klar, daß diese Unterscheidung zu keiner Einteilung führen kann, weil jedes Recht ein Recht — auf ist. Denn jedes Recht verlangt eine Leistung, auf die es abzielt, d. i. mit der es in Relationszusammenhang steht. Das Woran des Rechts dagegen ist jener Tatbestand, durch den der Berechtigte bezeichnet, das Recht erworben, manchmal allerdings auch der Tatbestand durch den es ausgeübt wird, es ist ein Recht am oder auf »eigenes Handeln«, woraus eine Verdoppelung des Rechtsbegriffs resultiert. Wir haben dann Rechte auf Rechte, nämlich das Recht auf das eigene Handeln und dieses Handeln, das selbst wieder ein Recht ist; ich nenne als Beispiel nur das Recht auf Verzicht.

II. Die Sanktion.

Den Begriff der Sanktion haben wir bereits erläutert[2]). Primäre und sekundäre Norm sind in der Weise verknüpft, daß die Hypothesis der sekundären kontradiktorisches Gegenteil der Thesis der primären Norm ist. Diese Verknüpfung schließt notwendig in sich eine weitere Verknüpfung: der Tatbestand der sekundären Norm ist fundiert in dem der primären. Denn nur dann, wenn der Tatbestand der primären

[1]) Vgl. die kritischen Ausführungen Ungers, System d. öst. Pr. R. I., S. 499.
[2]) Siehe oben S. 71 ff.

Digitized by Google

Norm gegeben ist, liegt eine Pflicht vor und kann verletzt werden. Wir müssen rückschließen: Sanktion ist nur auf Grund einer Pflichtverletzung möglich, Pflichtverletzung nur auf Grund einer Pflicht, Pflicht nur auf Grund eines Tatbestands. So fundiert der primäre Tatbestand den sekundären und wir könnten mit einer gewissen Modifikation des Begriffes der Transitivität, wie wir sie oben[1]) vornahmen, sagen, daß im Zuge der sanktionierenden Normen Transitivität herrsche.

Freilich kann es vorkommen, daß der Tatbestand irgend einer Norm einen Teiltatbestand einschließt, der auch als Nichterfüllung einer anderen fungieren kann — es kann z. B. eine Besitzentziehung, die sich als Verletzung einer Vertrags-, überhaupt einer zivilrechtlichen Pflicht darstellt, den Tatbestand des Diebstahls bilden — und dieses Einschließen kann sich bis zur Umfangsgleichheit steigern. Dennoch bleibt es ein zufälliges Zusammentreffen und von Sanktion kann daher nicht die Rede sein. Der gleiche natürliche Tatbestand ist eben Vertreter verschiedener rechtlicher Tatbestände, läßt sich unter beide subsumieren. Konkret-juristisch gesprochen: Der Richter hat nicht zu untersuchen, ob die Besitzentziehung Vertragsverletzung ist, sondern nur, ob sie den Tatbestand des Diebstahls bildet. Von hier aus wären die Probleme der Konkurrenz von Delikt und zivilrechtlicher Pflichtverletzung zu untersuchen.

Indem wir den sekundären Tatbestand als im primären fundiert erkennen, bietet sich uns die Möglichkeit, die Formen der Rechtsänderung auf ihn anzuwenden; denn das Fundierungsverhältnis bedeutet Rechtsverhältnis, das Hinzutreten des neuen Tatbestandes zum primären Rechtsänderung.

Wir variieren die Leistung nach der Formel:

T . . . . A l_1 S, non A . . . . . A l_2 S (Schadenersatz statt Erfüllung bezw. T . . . . . A l_1 S, non A . . . . . A $l_1 + l_2$ S (Erfüllung + Verzugszinsen).

Oder das Pflichtsubjekt wechselt:

T . . . . A l S, non A . . . . B l S. Unter diesen Typus gehört die Exekution, vor allem in der Gestalt der Realexekution, womit wir uns noch befassen werden.

[1]) Siehe S. 72.

Digitized by Google

Endlich: T . . . . A I S_1, non A . . . . A I S_2. Unter diese Formel fällt das Urteil. Denn das der Klage stattgebende Urteil enthält genau das, was der Kläger auf Grund des vor der Klage liegenden Tatbestands zu fordern hat, aber es kommt hinzu eine neue Sanktion: die Bedrohung mit der Exekution. Während die Nichterfüllung der primären Norm nur den Prozeß und das Urteil mit sich brachte, hat die Nichterfüllung der sekundären Norm Exekution zur Folge.

Wir wollen an dieser Stelle noch erwähnen, daß eine Formel, in der die Thesis der sekundären Norm nur die Thesis der primären wiederholt, also: T . . . . A I S, non A . . . . A I S unmöglich ist. Die Nichterfüllung bedeutet einen im primären fundierten Tatbestand. Nach der strengen Korrelation zwischen Tatbestand und Rechtsfolge, dem »juristischen Kausalgesetz«, muß dem neuen Tatbestand eine neue Rechtsfolge entsprechen, fehlt die Änderung in der Rechtsfolge, so müssen wir schließen, daß auch keine Änderung im juristischen Tatbestand, sondern im bloß natürlichen sich vollzogen hat; die Nichterfüllung ist rechtlich irrelevant und die primäre Norm nicht sanktioniert, keine Rechtsnorm.

Der Volltatbestand der sekundären Norm enthält oft auch andere Teiltatbestände neben der Pflichtverletzung. Zwischen diesen und der Pflichtverletzung können die verschiedenen rechtlichen Formen bestehen, insbesondere ist zu beachten, ob die Pflichtverletzung kontinuierlich oder punktuell zu den übrigen Tatbeständen ist. Ist sie punktuell, so ändert die Nachbringung der Leistung nichts am Eintritt der Sanktionspflicht. So kann sich z. B. beim Fixgeschäft der morose Schuldner durch Erfüllung nicht mehr befreien. Der wichtigste Fall der kontinuierlichen Pflichtverletzung dagegen ist der Schade; die Wiedergutmachung des Schadens läßt es nicht zur Sanktion kommen.

Durch die Auflösung des Sanktionsbegriffes in hintereinander geschaltete Relationen löst sich das viel diskutierte Problem, ob die Erfüllung der sekundären Norm noch Leistung sei oder bloßes »Leistungssurrogat«. Die letztere Ansicht verdankt ihre Entstehung nur dem Glauben an die anschauliche Gleichheit aller als Erfüllung einer Pflicht zuzurechnenden

Digitized by Google

natürlichen Tatbestände. Wir haben geschieden zwischen solchen sekundären Normen, die die gleiche und solchen, die eine andere Leistung als die primäre verlangen. Wir können erstere mit einem Ausdruck Thons, der sich gegen die »Surrogattheorie« gewendet hat[1]), Dauernormen nennen. In beiden Gruppen aber erlischt durch die Erfüllung der sekundären Norm die primäre Pflicht, denn der primäre Tatbestand ist in dem sekundären, zu dem er relativ unselbständig ist, aufgegangen und so ist seine Wirkung mit der Erfüllung der sekundären Norm erschöpft. Erfassen wir den Zusammenhang der Relationen, so fallen alle Schwierigkeiten weg.

Wir können diese Schwierigkeiten in zwei Gruppen ordnen, die sich unter die Titel »Primat der Erfüllung« und »juristisches Gesetz der Erhaltung der Energie« bringen lassen.

Den ersten Gedanken können wir in dieser Form aussprechen: Dem Rechte ist nur Genüge geleistet, wenn die Erfüllung, so wie in der primären Norm vorgeschrieben wurde, eingetreten ist; die spätere Wiedergutmachung kann das einmal bereits geschehene Unrecht nicht wieder heilen, sondern höchstens seine ungünstigen Folgen beseitigen. Allein diese Auffassung trägt Wertunterschiede in das Recht hinein, die dem Rechte fremd sind und die dem Reich der Ethik entstammen. Es mag ethisch von Bedeutung sein, daß die primäre Norm erfüllt wurde; rechtlich besteht zwischen den Gliedern der Relationenkette kein Unterschied; es geht nicht an, auf die primäre Norm einen Wertakzent zu legen.

Der zweite Gedanke besteht darin: Alles, was im Zuge der Relationen sich ereignet, muß in irgend einer Form schon in der primären Norm beschlossen liegen, die »juristische Energie« muß konstant bleiben, ein Satz, der, weil nie bewußt ausgesprochen, auch nie begründet wurde, aber auch nicht begründet werden kann[2]).

Um nicht zu diesem Satz in Widerspruch zu geraten, bedient man sich verschiedener Hilfshypothesen. Ist die Leistung in

[1]) a. a. O., S. 45.

[2]) Die Bedeutung des Begriffes der Substanz als des Beharrenden, Sich-gleich-Bleibenden, für die Rechtswissenschaft liegt in anderer Richtung. Rechtliche Substanz ist nach Kelsen und Sander der Staat.

Digitized by Google

der sekundären Norm eine andere als in der primären, so muß die neue Leistung wenigstens potentiell in dieser enthalten sein. Sehr deutlich wird der Gedanke bei dem Problem der Realexekution. Wie kommt es, fragt man, daß ein anderer, nämlich das Exekutionsorgan statt des Verpflichteten die Leistung erbringen kann (indem er die geschuldete Sache dem Verpflichteten wegnimmt) und wie kann hier ein dingliches Recht entspringen, während vorher nur ein persönliches bestanden hat? Wie kann in der Exekution, die doch nur eine Folge der Obligation ist, etwas Neues gegenüber der Obligation auftreten? Ganz konsequent muß die Antwort lauten: Potentiell ist dieses dingliche Recht schon vorher dagewesen. Und wirklich hat Ziebarth[1]) die Antwort erteilt: Nicht die Obligation wird exequiert, sondern »ein ganz anderes Recht, ein zweites daneben stehendes Schutzrecht, ein akzessorisches, dingliches Recht«.

All diesen Gedankengängen gegenüber müssen wir immer wieder auf den einfachen Relationenzusammenhang verweisen, der freilich nicht anschaulich erfaßt werden kann, was, wenn man nach den angeführten Gedanken schließen wollte, das höchste Ziel der Jurisprudenz zu sein scheint. So löst sich auch die Frage nach dem Verhältnis von materiellem Recht und Prozeß, Recht und Rechtshilfe. Die beiden extremen Standpunkte in dieser Frage sind: Einerseits: »Der Prozeß, das Klagsrecht ist im materiellen Recht enthalten. Das Klagsrecht ist ein selbstverständliches und unabgesondertes Zubehör des Privatrechts[2])«. Diese Auffassung ist die historisch frühere, beruhend auf den römischen Begriff der actio. Anderseits: »Das Recht zu klagen ist in jedem Fall das Gleiche, mag der Kläger materiell berechtigt oder unberechtigt sein. Das Klagerecht ist nicht eine Entfaltung des materiellen Rechts, weil das Klagerecht als Recht auf Einlassung sowohl als auf Kondemnation von dem Privatrecht unabhängig ist. Das Recht zu klagen ist in dem Privatrecht nicht enthalten[3])«. Zwischen diesen entgegengesetzten Polen liegt die richtige Meinung; der Tatbestand des materiellen Rechts ist selbst Teiltatbestand in der Norm über den Prozeß, die eine

[1]) Die Realexekution und die Miete.

[2]) Gierke, Deutsches Privatrecht I., S. 326.

[3]) Sohm, Der Begriff des Forderungsrechtes, Grünhuts Zeitschrift, Bd. 4, S. 468.

Digitized by Google

sanktionierende Norm, in der der Richter als Pflichtsubjekt[1]) erscheint, darstellt. Freilich ist er nur ein Teiltatbestand. Treten andere Tatbestände nicht hinzu, nämlich die Prozeßvoraussetzungen, so kommt die Pflicht des Richters nicht zur Entstehung. Und anderseits sind andere Tatbestände vorhanden, die die gleiche richterliche Pflicht hervorrufen, obwohl das materielle Recht nicht vorhanden ist, z. B., wenn die Voraussetzungen des Versäumnisurteils gegeben sind. Behält man die ersteren Tatbestände im Auge, so kann man von »Anspruch« auf ein günstiges Urteil sprechen, wenn man dabei nicht vergißt, daß es sich um einen bloß unselbständigen Tatbestand handelt, der nur dann die Rechtsfolge des günstigen Urteils hat, wenn er zum Volltatbestand ergänzt wird.

Alle bisher behandelten Tatbestände sind aber zu scheiden von dem Anspruch »auf richterliches Gehör«, der nicht die Pflicht des Richters, das günstige Urteil zu fällen, sondern den Prozeß überhaupt zu leiten, zur Rechtsfolge hat. An diesen Anspruch, die »publizistische Klagemöglichkeit«, die ganz unabhängig ist vom materiellen Recht, hat wohl Sohm gedacht.

Unsere Ausführungen kommen so, vom Formalen ausgehend, zum größten Teil zu denselben Ergebnissen, die Hellwig[2]) lehrt.

III. Die Obligation.

Die bisher entwickelten Lehren setzen uns in den Stand, den Problemen, die sich um den Begriff der Obligation lagern, näherzutreten. Vorweg müssen wir bemerken, daß nach der herrschenden Auffassung die eigentliche Aufgabe des Begriffs Obligation darin liegt, einen bestimmten Teil des Privatrechtes, eben das Obligationenrecht herauszuheben, daß der hiezu verwendete übliche Begriff der Obligation hiezu jedoch nicht geeignet ist, es ist dies nämlich die Rechtssatzform, die wir beim Anspruch kennen lernten: T . . . . A l S, non A + B . . . soll . . . . Daß diese Formel wirklich mit dem herrschenden Begriff der Obligation zusammenfällt, wollen wir mit einigen Beispielen aus der Literatur

[1]) Daß der Richter als Organ fungiert, also keine selbständige Persönlichkeit darstellt, dürfen wir auch hier vernachlässigen.

[2]) System des Deutschen Zivilprozeßrechts, § 119.

Digitized by Google

belegen. Haschöhl[1]): »Die Obligation kann von zwei verschiedenen Standpunkten betrachtet werden, von dem des Gläubigers und von dem des Schuldners. Betrachtet man sie von der Seite des Gläubigers, so hebt man zunächst und in erster Linie das Obligationenrecht, hingegen wenn man sie von Seite des Schuldners betrachtet, zunächst die Obligationsverpflichtung hervor und nennt die Obligation im ersten Falle Forderung, Forderungsrecht, im zweiten Schuld. Deswegen sind aber Forderung und Schuld nicht etwas unter sich und von dem Obligationsverhältnis verschiedenes, sie sind korrelate Begriffe, die sich voneinander nicht trennen lassen; denn wo eine Forderung von Seite des Gläubigers vorhanden ist, muss die entsprechende Verbindlichkeit auf Seite des Schuldners bestehen, wo letzteres nicht der Fall ist, kann auch von einer Forderung nicht die Rede sein. Forderung und Schuld sind also mit der Obligation identische und die beiden Seiten dieses das ganze Verhältnis umfassenden Begriffes«. Diese Begriffsbestimmung charakterisiert die logische Sachlage vollkommen; es fehlt nur mehr der Anschluß an die logische Terminologie, der vollzogen wird, wenn man die Obligation der Relation gleichsetzt. Das Recht des Gläubigers entstammt der Hypothesis der zweiten Norm, in der der Gläubiger als Rechtssubjekt (B) steht.

Thon:[2]) »Obligation ist die von der Rechtsordnung einzelnen Personen auferlegte Verpflichtung.... Zum Privatrecht wird die Obligation, insofern dem Interessenten zur Erzwingung der Verpflichtung im Falle ihrer Nichterfüllung ein Privatanspruch gewährt wird«. Er bemerkt freilich, daß dieser Definition »eine große Vagheit beiwohne«, daß aber die Unbestimmtheit das Charakteristische sei, weil »die Obligation den großen Restbestand privatrechtlicher Verpflichtungen bilde, welcher nach Abzug deren verbleibt, die in dem absoluten Schutz eines Gutes beruhen«.

Die moderne Theorie bringt gegenüber diesen Bestimmungen nichts Neues, auch sie bestimmt die Obligation als das relative Recht des Gläubigers gegen den Schuldner. Sie wird beherrscht durch die Definition des B. G. B. § 241 B. G. B. lautet: »Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem

[1]) Oesterreichisches Obligationenrecht I, S. 7.

[2]) a. a. O., S. 202.

Digitized by Google

Schuldner eine Leistung zu fordern«. Der Ausdruck kraft besagt selbstredend keine kausale, sondern die logische Verbindung der Relation.

Da ergibt sich aber etwas Merkwürdiges: Diese Definition ist nämlich genau gleichlautend mit der im § 194 B.G.B. gegebenen Definition des Anspruchs. Während aber dieser dem allgemeinen Teil angehört, leitet § 241 das Recht der Schuldverhältnisse ein und will somit eine Abgrenzung dieses Gebietes geben. Das Ganze soll also zugleich seinen Teil abgrenzen, das genus proximum die differentia specifica abgeben. Wie steht es da mit der Systematik des B. G. B.?

Planck[1]) spricht es mit dürren Worten aus: »Es fragt sich, ob eine erschöpfende Bestimmung des Begriffs des Schuldverhältnisses durch den § 241 beabsichtigt ist, ob also jedes Rechtsverhältnis, kraft dessen eine Person von einer anderen Person eine Leistung verlangen kann, ein Schuldverhältnis ist, oder ob es auch Rechtsverhältnisse gibt, kraft deren jene Berechtigung zwar besteht, die aber doch keine Schuldverhältnisse sind. Für die letztgedachte Annahme scheint zu sprechen, daß, wenn der Begriff des Schuldverhältnisses im § 241 erschöpfend geregelt wäre, dieser mit dem Begriff des Anspruchs zusammenfallen würde. Jedes Schuldverhältnis begründet nach § 241 einen Anspruch; das Schuldverhältnis würde also, wenn sich hierin sein Begriff erschöpfte, nichts anderes sein, als die Kehrseite des Anspruchs,« und »Unzweifelhaft entspringen nach der Auffassung des B. G. B. aus Verhältnissen, die in den anderen Büchern des B. G. B. geordnet sind, Schuldverhältnisse.«

Und hieraus entspringt die positiv-rechtliche Frage, ob im Bereich des B. G. B. die für das Schuldverhältnis aufgestellten Rechtsregeln auf alle Ansprüche anzuwenden sind. Diese Frage kann die reine Rechtslehre freilich nicht entscheiden, wohl aber hätte die Kenntnis der Sachlage im Formalen gezeigt, welche Fragen entstehen können und die Unklarheit der materialen Regelung wäre vermieden worden.

Jedenfalls: Die primäre Norm kann jede mögliche Rechtsform annehmen, denn zu jeder wie immer gearteten Norm kann eine sekundäre treten, die einen Anspruchsberechtigten enthält.

[1]) B. G. B., erläutert von Planck, Recht der Schuldverhältnisse, S. 3f.

Digitized by Google

Aus dem Obligationsbegriff der herrschenden Lehre kann man also nicht zu einer Systematik des Privatrechtes gelangen[1]).

Die Obligation wird als relatives Recht zum absoluten Recht in Gegensatz gestellt; absolutes und relatives Recht sind aber nicht gleichberechtigte Glieder einer Einteilung, sondern das absolute Recht ist bloß die Vorstufe zum relativen. Alles absolute Recht mündet in relatives, alles dingliche Recht in obligatorisches. Selbst wenn man das absolute Recht als Recht gegen Jedermann bestimmt, muß zur vollen Konkretisierung die Bezeichnung einer bestimmten Person erfolgen. (Es sei auf den Prozeß verwiesen, in dem sich zwei bestimmte Parteien gegenüberstehen.)

Die Obligation ist die Spitze, in die alles absolute Recht ausläuft.

So erklärt sich auch, daß Thon zu einer so »vagen« Begriffsbestimmung kam. Seine Definition läuft auf die rechtliche Verpflichtung überhaupt hinaus, ein Rest von »absolutem Schutz« bleibt nicht übrig, denn der absolute Schutz entpuppt sich schließlich doch als relativer Schutz, als »dingliche Klage« gegen einen bestimmten anderen. Die Obligation erstreckt sich über das gesamte Gebiet des Privatrechtes. Es ist leider nicht möglich, die Probleme des absoluten und relativen Rechtes genauer zu erörtern. Wir wollen nur darauf hinweisen, daß die Gegenüberstellung der beiden Rechte auf gleicher Stufe nur ermöglicht wird durch einen sich häufig wiederholenden Denkfehler: Juristisch relevant wird ein Tatbestand durch eine Rechtsfolge, sofern er selbständig; durch die Einstellung in den Volltatbestand, wenn er unselbständig ist. An letzteres wird jedoch vergessen und man meint, jedem rechtlich relevanten Tatbestand eine Rechtsfolge zuordnen zu müssen. Dies geschieht entweder durch die Auffassung des Könnens und Dürfens als Rechtsfolgen, oder durch gewaltsame Konstruktionen von gesollten Rechtsfolgen. Zu diesen letzteren läßt sich wohl die Formel: »Alle Nichteigentümer sollen das Eigentum achten« rechnen. Nur dadurch wird das dingliche Recht zu einem selbständigen Tatbestand gemacht und kann so dem obligatorischen scheinbar gleichberechtigt entgegentreten.

[1]) Unter Privatrecht werden hier im Sinne Thons jene Normen verstanden, die einen Anspruchsberechtigten im sekundären Tatbestand enthalten.

Digitized by Google

Formulieren wir nun noch ausdrücklich die Begriffe: Schuldverhältnis und Anspruch. Auch Schuldverhältnis hat, wie Rechtsverhältnis den doppelten Sinn der Relation und des relativen Begriffs, des die Obligation begründenden Tatbestandes und der Obligation selbst. Hiezu tritt eine dritte Äquivokation: Schuldverhältnis ist nicht nur der Volltatbestand, sondern auch ein bevorzugter Teiltatbestand. So spricht man davon, daß der die Obligation begründende Tatbestand z. B. der Vertrag ist, aber diese Bestimmung ist nicht immer richtig, denn sehr häufig sind noch weitere Bedingungen gefordert, die erst die Pflicht begründen, so der Ablauf einer gewissen Zeit usw., erst dann wird der Tatbestand selbständig, die Schuld fällig und die Pflicht begründet. Freilich wird gerade der Zeitablauf als »sicher« angesehen und daher schon vorher von Pflicht gesprochen. Endlich wird unter Schuldverhältnis, ganz ebenso wie unter Rechtsverhältnis, die Gesamtheit der in diesem Voll- oder Teiltatbestände fundierten Tatbestände, bzw. der dazugehörigen Rechtsnormen verstanden.

Je nach der Bedeutung, die dem Wort Schuldverhältnis erteilt wird, richtet sich das Verhältnis dieses Begriffs zum Begriff Anspruch. Anspruch und Schuldverhältnis sind nicht identisch, sondern korrelative Begriffe. Es ist auf Grund dieser Feststellungen nun sehr einfach, die Lehre im einzelnen durchzuführen.

Örtmann[1]) meint zur Lösung der »schwierigen Frage nach dem Verhältnisse der Begriffe Schuldverhältnis und Anspruch«, es handle sich um Verschiedenes. Seine Beweisführung läßt erkennen, daß er unter Schuldverhältnis gewisse absolut oder relativ unselbständige Tatbestände versteht. Die Verschiedenheit von Schuldverhältnis und Anspruch ergebe sich zunächst aus dem Bestehen »zusammengesetzter Schuldverhältnisse, die nicht auf eine ein für allemal bestimmte einzelne Leistung gehen, sondern eine Vielheit besonderer Leistungspflichten aus sich erzeugen«. Aber auch bei den »einfachen, in einer einzigen Leistung aufgehenden Schuldverhältnissen, z. B. dem zinslosen Darlehen« sei »der Anspruch von dem ihn erzeugenden Schuldverhältnis selbst dann verschieden, wenn es

[1]) Recht der Schuldverhältnisse, S. 2.

Digitized by Google

praktisch in einem einzigen Anspruch aufzugehen scheint«. Endlich könne sich »der Leistungs- in einen inhaltlich davon verschiedenen Ersatzanspruch verwandeln«. Es ist klar, daß es sich bei all diesen Problemen um die uns geläufigen Beziehungen ineinander fundierter Tatbestände, die wir besonders bei der Darstellung des Rechtsverhältnisses besprochen haben, handelt. Beim zusammengesetzten Schuldverhältnis kann der Anspruch schon erworben, also die Person des Berechtigten bezeichnet sein, bevor der Tatbestand selbständig, die Pflicht gegeben ist, auf den ursprünglichen Tatbestand schichten sich dann neue Tatbestände auf, die neue Pflichten hervorrufen, z. B. der Zeitablauf, infolge dessen die einzelnen Rentenforderungen abreifen. Wenn diese Pflichten nicht erfüllt werden, kann der Berechtigte den Anspruch ausüben und dadurch eine neue Pflicht hervorrufen, dann kann sich die Leistung oder die Sanktion oder das Pflichtsubjekt ändern usw.

Auf Metaphern, wie sie z. B. P. Klein[1]) verwendet: »Das Schuldverhältnis ist die lebende Kraft, der Anspruch nur eine seiner Lebensäußerungen« können wir verzichten. Seit Paulus Definition der Obligation als eines iuris vinculum haben sie freilich einen großen Teil der Obligationenlehre gebildet.

IV. Schuld und Haftung.

Das über die Sanktion Gesagte läßt sich leicht auf die Probleme von Schuld und Haftung anwenden; wir können freilich nur die Grundlinien zeichnen und auch die außerordentlich große Literatur nur wenig berücksichtigen.

Jede Norm bedeutet Schuld, aber sie bedeutet auch Haftung durch den notwendig zu ihr gehörigen Hinweis auf die Sanktion, durch das S in ihrer Formel. Aber die Schuld selbst ist niemals Haftung. Sie steht mit ihr im Zusammenhang dadurch, daß bei Nichteintritt der Rechtsfolge sich die neue Norm anschließt. Wir haben hier keinen geheimnisvollen Zusammenhang, keine materiale Verbindung, sondern das bloße logische Schema unserer Rechtssatzformel. Der Einzelrechtssatz ist Schuld; er ist aber nur dadurch Schuld, daß er ein Glied der Relationenkette darstellt, das durch non A

[1]) a. a. O., S. 82.

Digitized by Google

ins nächste Glied eingreift. Die Haftung ist also jenes »im Hintergrund stehen« der Sanktion, ohne das ein Rechtssatz als solcher nicht denkbar ist. Jede Schuld weist auf eine Haftung hin, andererseits bedarf jede Haftung einer Schuld als ihrer Voraussetzung.

Der erste, der Schuld und Haftung unterschied, noch bevor die germanistische Theorie die Scheidung scharf herausarbeitete, war Brinz. Seine Theorie ist jedoch mit so charakteristischen Fehlern behaftet, daß wir sie etwas ausführlicher untersuchen wollen.

Ursprünglich auf dem richtigen Wege hat er plötzlich seinen Begriff der Haftung wieder aus dem Bereiche der Logik gerissen und sie als jenes geheimnisvolle unsichtbare Band aufgefaßt, von dem die Juristen seit Paulus sprechen. »Haftung nennen wir die Tatsache, daß etwas, eine Sache oder Person, jemandem zur Satisfaktion für etwas zu dienen bestimmt ist[1].« Durch die Auffassung der Haftung als einer Tatsache ist aber alles aus dem Denken ins Reich der Anschauung gerückt worden. Brinz sieht in dem »im Hintergrund stehen« — wir dürfen uns dieses Bild erlauben — etwas bereits Seiendes, ohne zu bedenken, um was für ein Sein es sich dabei handeln sollte. So ist die Haftung schon vor der Schuld gegeben. »Der Widerspruch, daß die Form der Haftung ein Recht, nämlich Aktions- oder Persekutionsrecht die Haftung aber vor diesem Recht zuweilen da sei, löst sich dadurch, daß letzteres vor dem dies oder der gewissen Eventualität nur noch nicht geboren (beachte das Bild!), dagegen immerhin schon in rerum natura ist[2].«

Dabei ist freilich nur zu fragen, von welcher natura oder welchen res hier die Rede ist. »Man sage nicht, daß mit dem Aufschub oder der Ungewißheit des Rechts die Haftung selbst aufgeschoben oder ungewiß sei. Die Unfreiheit, vermöge deren diese Person oder diese Sache ihrem Los, Satisfaktionsobjekt zu sein, nicht mehr beliebig entrinnen oder entzogen werden kann, ist trotz dieser Eventualität sofort und unbedingt da und in der Unfreiheit die Gebundenheit oder Haftung.« Die Un-

[1]) Pandekten, § 207.

[2]) Pandekten, § 212.

Digitized by Google

freiheit ist aber eine ebenso merkwürdige Unfreiheit wie die rerum natura. Nichts anderes ist vorhanden, als eine Tatsache, die einen unselbständigen Tatbestand darstellt. Niemals ist die Haftung selbst eine Tatsache.

Und nun läßt sich auch Brinz von jenem Gedanken irreführen, den wir als juristisches Gesetz der Erhaltung der Energie bezeichneten. Wie Ziebarth denkt er: Es muß schon vorher etwas »dagewesen sein«, bevor es zur »Realisierung der Haftung« kommt. (Die terminologische Ähnlichkeit zwischen Realisierung und Realität ist nicht zufällig.) »Es muß schon im Moment der Obligierung etwas haftbar geworden, d. h. bestimmt worden sein, als das, was für den Fall, da die Leistung ohne Lösung der Obligation ausbleibt, pfandartig zur Satisfaktion dient und eben darum Sicherheit gewährt[1].«

Die Haftung wird also erst aktuell, wenn der Tatbestand der Haftungs- (sekundären) Norm erbracht ist, vorher war sie nur »Drohung«, wie es die psychologische Mißdeutung immer auffaßt. Von einer potentiellen Haftung aber zu sprechen, ist jedoch ebenso unangebracht, wie bei den Kannrechten, bei denen wir eine analoge Sachlage trafen.

Bei näherem Zusehen treten die gleichen Züge schärfer hervor. Für die sekundäre Norm ist der Tatbestand der primären selbst unselbständiger Tatbestand: die Nichtthesis ein weiterer Teiltatbestand, zu dem noch beliebige andere hinzutreten können. Nimmt man an, daß die Haftung bereits mit dem Tatbestand der primären Norm gegeben sei, so hat man wieder eine Rechtsfolge zu einem unselbständigen Tatbestand hinzukonstruiert, was Widersinn ist. Denn diese Rechtsfolge ist so wie beim Kannrecht eine eventuelle, bedingte.

Somit wäre bei Konstruktion Brinz' Schuld ohne Haftung unmöglich, denn mit der Schuld ist auch zugleich die Haftung gegeben. In diesem Sinne aber fassen wir den Satz: keine Schuld ohne Haftung natürlich nicht. Denn für uns bedeutet das »ohne einander« nur den Verweis, die Verkettung in der Reihe der Relationen.

Es tritt, nun noch ein weiterer falscher Gedanke hinzu: Ist der primäre Tatbestand unselbständiger Tatbestand der

[1]) Der Begriff obligatio, Grünhuts Zeitschrift, Bd. I, S. 31.

Digitized by Google

sekundären Norm, so sind auch alle seine Teiltatbestände unselbständige Tatbestände der sekundären Norm. Alle Teiltatbestände aber sind ganz gleichwertig, sind alle notwendige, aber nicht hinreichende Bedingungen der Rechtsfolge und so scheint es ganz berechtigt, die potentiellen Rechtsfolgen auch an einen Teiltatbestand des primären Tatbestandes anzuknüpfen. Und dies hat Brinz getan und ist auf diese Weise zu der Behauptung gekommen, daß es Haftungen ohne Schulden gebe. Denn ist die Haftung schon gegeben vor dem Eintritt der Schuld, der Verselbständigung des Tatbestandes, dann freilich ist der Begriff Haftung umfangsgrößer als der Schuldbegriff. »Das würde ein schlechter Inventarisator sein, welcher unter seinen oder anderer Leute Passiven die zu Commodat, ad depositum, oder zu Pfand genommenen Sachen oder die Pachtzinse künftiger Jahre oder künftig mögliche Auslagen seines Mandatars, Socius usw. nicht aufführt und vom Aktivbestand in Abzug bringt. Und doch ist er in Hinsicht jener Sachen, Zinse, Auslagen, obligiert und schon jetzt haftbar[1].«

So hat Brinz den Haftungsbegriff durch seine »Potentialisierung« immer weiter nach vorn projiziert und wir müssen nun fragen, ob diese Haftung in irgend einer Weise juristisch relevant ist. Die Antwort lautet verneinend. »Das Bestimmtsein« ist noch keine Rechtsfolge. »Ob aus der Haftung Schulden erwachsen, ob sich z. B. aus dem Mandate Schulden diesseits oder jenseits herausstellen werden, ist beim Abschlusse des gegenseitigen Kontraktes noch ungewiß[2].«

Nur Schuld ist eben Rechtsfolge und die angebliche Haftung bedeutet nichts anderes, als einen unselbständigen Tatbestand, an den sich keine Rechtsfolge schließen kann. Der bloß Haftende kann ja nicht »interpelliert, geklagt, geschweige denn judiziert und exequiert werden«[3].

Den gerade entgegengesetzten Standpunkt, wie bei Brinz, finden wir auf germanistischer Seite: »Während eine Schuld ohne Haftung bestehen könnte, ... setzt jede Haftung unter allen Um-

[1]) a. a. O., S. 33.
[2]) a. a. O., S. 34.
[3]) a. a. O., S. 36.

Digitized by Google

ständen begrifflich eine Schuld voraus[1]).« Mit dem Nachsatze können wir uns einverstanden erklären, dem Vordersatz gegenüber halten wir daran fest, daß eine Schuld ohne »dahinterstehende Haftung« keine Schuld ist.

Daß endlich die Schuld nur ein Sollen, die Haftung dagegen ein Müssen bedeutet, ist gänzlich unrichtig, insoferne man damit Unterschiede der Rechtsrelationen aufweisen will. Der Zusammenhang von Rechtsvoraussetzung und Rechtsfolge wird immer durch ein Sollen vermittelt, ganz gleichgültig, ob es sich um sanktionierte oder sanktionierende Normen handelt.

Bezüglich der beschränkten Haftung sei noch bemerkt, daß es sich um eine Besonderheit in der Bezeichnung des Pflichtsubjekts handelt. Nur einzelne, bestimmte »erworbene Rechte« bezeichnen das Pflichtsubjekt. Von Sachhaftung dabei zu sprechen, ist zumindest ein ungeschickter Sprachgebrauch, immer haftet eine Person, weist der Bezeichungstatbestand auf einen Grundtatbestand[2]).

IV. Kapitel.

Der Staat.

Daß auch der Begriff des Staates in einer formalen Rechtslehre seinen Platz findet, kann nur die Anhänger der Auffassung befremden, die im Staat ein »Machtwesen« sehen. Daß aber der Staat im juristischen Sinn keine soziale Realität, sondern einen Zusammenhang von Rechtsnormen bedeutet, unterliegt nach den Untersuchungen Kelsens keinem Zweifel mehr.

Man wird auch nicht ernstlich bestreiten können, daß es sich hiebei um einen Zusammenhang solcher Rechtsnormen handeln muß, die die Auszeichnung der Positivität erhalten haben. Es läßt sich also erwarten, daß durch nähere Bestimmung des Begriffes des positiven Rechts sich ein Zugang zum Staatsbegriff eröffnen wird. Wir wollen bei dieser Untersuchung wieder von der Bestimmung des positiven Rechts als Korrelates des rechtserzeugenden Aktes absehen, wesentlich ist uns viel-

[1]) Hübner, Deutsches Privatrecht, S. 415.

[2]) Vgl. die klaren Bemerkungen Schwinds, Schuld und Haftung im geltenden Recht, Iherings Jahrbuch, 68, S. 29 ff. u. 115 ff.

Digitized by Google

mehr jene Bestimmung der Positivität, welche ihre Wesensgleichheit mit der rechtlichen Geltung ergibt.

Positives Recht und geltendes Recht können ja nur noch insofern unterschieden werden, als ersteres auf das positive Recht der Gegenwart beschränkt werden kann. Dann wird geltendes Recht ein wesentlich okkasioneller Ausdruck[1]), d. h. sein Sinn, seine Bedeutung wechselt je nach dem Standpunkt des den Ausdruck Gebrauchenden. Wer vor dem 1. Jänner 1900 in Deutschland über geltendes Recht aussagte, meinte das gemeine Recht, wer nach diesem Zeitpunkt von geltendem Recht sprach, das B. G. B. Aber auch bei dieser Deutung des Begriffes bleibt es dabei, daß alles geltende Recht positives Recht ist, wenn auch nicht umgekehrt alles positive Recht geltendes Recht ist.

Was ist also positives Recht? Wir treffen hier auf eine recht sonderbare Sachlage. Sicherlich liegt es nicht im Wesen der Rechtsnorm als solcher, daß sie positiv ist. Es muß etwas »hinzukommen«, um ihr diesen besonderen Charakter zu verleihen. Man kann es der Rechtsnorm nicht ansehen, ob sie positives Recht ist oder nicht; denn in ihrem Wesen liegt nur, daß sie ein rechtlicher Gegenstand bestimmter Art, bestimmten Inhalts ist. Wir müssen daher Zuflucht zu einer anderen Instanz nehmen, und als solche bietet sich uns die Tatsachenerkenntnis, die Erfahrung.

Ein anderer Weg scheint zum gleichen Ziele zu führen. Zweifellos spielt die Zeit im Begriffe des positiven Rechts eine Rolle. Alles positive Recht gilt zu bestimmter Zeit, sei es nun, daß seine Geltung an irgend einem Zeitpunkt begonnen oder aufgehört hat. Die Rechtsnorm aber ist ein zeitloser, irrealer Gegenstand, ein Abstraktum, sie selbst also kann keine Stelle in der Zeit erhalten.

Nur die Beziehung zur Zeit läßt sich herstellen, daß Tatsachen aufgewiesen werden, die die Verkörperungen, Träger dieses irrealen Wesens sind. Dies kann in doppelter Weise der Fall sein, entweder gewisse Tatsachenfolgen entsprechen den rechtlichen Relationen, auf die geregelten Tatbestände folgen die angeschlossenen Rechtsfolgen, was so viel bedeutet wie: die Rechtsnorm wird befolgt; oder das irreale Wesen »subjektiviert«

[1]) Husserl, I. Unters., § 26.

Digitized by Google

sich derart, daß es gedacht wird, der Urteilsinhalt wird in einem Urteilsakt erfaßt, die Rechtsnorm gesetzt[1]).

Auch hier also werden wir an die Tatsachenerkenntnis verwiesen, wenn wir nach der Bestimmung des positiven Rechts forschen wollen.

Endlich bringt ein dritter Gedanke dasselbe Ergebnis. Die Frage nach der Gültigkeit einer Rechtsnorm führt letztlich immer zu realen »Setzungen«. Mag man auch von einem Einzelrechtssatz verwiesen werden auf einen übergeordneten Satz, aus dessen Geltung sich die Geltung des untergeordneten ableiten läßt, z. B. die Geltung des Rechtssatzes über die Verbindlichkeit eines abgeschlossenen Kaufes auf die Geltung des allgemeineren Satzes: Willensübereinstimmung verpflichtet, zurückführen, die Wiederholung der Frage führt notwendig auf eine Setzung, sei es durch Gewohnheit (tatsächliche Befolgung), sei es durch sonst eine „Autorität«, die dem zu prüfenden Satz Giltigkeit verliehen hat. Denn, käme man in diesem Regreß auf evident giltige volle Rechtssätze, so wäre der naturrechtliche Standpunkt berechtigt.

Der Setzungsakt einer solchen Autorität ist also ein realer, zeitlicher Vorgang, ein Tatbestand.

Indem wir nun irgend ein Ereignis nach geltendem Recht beurteilen, es also subsumieren und Rechtsfolgen anschließen wollen, z. B. fragen, ob Brandlegung nach österreichischem Recht ein Verbrechen und daher strafbar sei, sehen wir uns gezwungen, nachzuforschen, ob der betreffende Gesetzgeber das Ereignis mit Rechtsfolgen ausgestattet hat. Damit aber wird der Setzungsakt selbst zu einer Bedingung der Rechtsfolge, somit zu einem Teil des Tatbestandes. Während zunächst der Rechtssatz lautete: Wenn jemand Brand legt, soll ihn der Richter bestrafen . . . ., verwandelt sich unter der Giltigkeitsprüfung der Satz in: Wenn der österreichische Gesetzgeber anordnet, daß der Brandleger bestraft wird und jemand Brand legt, soll er bestraft werden.

So wird der zeitliche Vorgang der Rechtssetzung zum Tatbestand im zweiten Sinne des Wortes, zum Teil der Rechtsvoraussetzung. Der

[1]) Diese beiden Arten der »Verzeitlichung« sind es, die letzten Endes die Unterscheidung von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht anstrebt.

Digitized by Google

ursprüngliche Tatbestand wird um den Tatbestand des Setzungsaktes erweitert. Positivität bedeutet also nichts anderes als Setzungstatbestand, und damit sind neuerlich alle Gesetze und Formen anwendbar, die für Tatbestände überhaupt gelten.

Wieder ist die Bestimmung rein formal; der Begriff des Setzungs-, als Sinnträgers fungierenden Tatbestandes enthält kein materiales Element. Die Ausfüllung bleibt der Einzelrechtsordnung überlassen. Denn nicht jede beliebige Setzung, sondern nur eine bestimmte verleiht der Rechtsnorm Giltigkeit; nur der geborene oder erwählte König, nur die erwählte Volksvertretung erlassen giltige Rechtssätze.

Die formale Rechtslehre kann selbstverständlich nicht angeben, welcher Art diese Tatbestände sind; sie zeigt nur, was im Wesen der Positivität überhaupt liegt, nämlich, daß Positivität Setzung bedeutet, was aber nicht besagt, daß jeder Setzungsakt, daß also irgend jemand den Rechtssatz denkt oder befolgt, den Rechtssatz schon dadurch positiviert. Der Setzungstatbestand fungiert als Träger der Positivität[1]). Und oft genügt es auch nicht, daß eine bestimmte Person den Setzungsakt vollzieht, sondern es sind noch andere Umstände erforderlich, z. B. der Ablauf einer gewissen Zeit, damit die Rechtsnorm in Kraft tritt, ihr Giltigkeit zukommt.

Die formale Rechtslehre kann einem bestimmten Setzungstatbestand ebensowenig Positivität zuerkennen, wie sie allgemein einen bestimmten Tatbestand nicht für einen Rechtstatbestand erklären kann.

Die Frage nach der Giltigkeit führt also zurück auf eine bestimmte Autorität, die die Rechtsnorm gesetzt hat. Diese oberste Autorität, die letzte »Quelle«, der Grundtatbestand, auf den wir bei der Frage nach der Giltigkeit rückverwiesen werden, bringt die Einheit des Staates zustande. Der Grundtatbestand ist der gemeinsame Endpunkt der Giltigkeitsfrage aller jener Rechtssätze, die einer bestimmten Einzelrechtsordnung angehören. Der Staat ist also die Gesamtheit aller jener Rechtssätze, deren Giltigkeit (Positivität) auf einem gemeinsamen Grundtatbestand der Setzung beruht.

[1]) Siehe oben, I. Teil, VIII. Abschn.

Digitized by Google

Im wesentlichen ist damit Kelsens Begriffsbestimmung erreicht. Für Kelsen ist ja der Staat die Personifikation der Gesamtrechtsordnung, also aller Rechtssätze, die aus einer gemeinsamen Quelle entspringen. »Als positives Recht erkennt man eine Norm, wenn sie als Bestandteil der eigenstaatlichen Rechtsordnung nachgewiesen werden kann [1]). . . . . Fragt man, worauf die Verschiedenheit zweier Ordnungen schließlich beruht, so erkennt man, daß es die Verschiedenheit der »Quellen« ist, aus denen sich in deduktiver Entfaltung verschiedene Normensysteme ergeben. . . . Quelle ist der »Grundsatz«, aus dem als aus seinem Ursprunge ein System von Normen erzeugt wird. In der Einheit und Besonderheit dieses Ursprunges, dieser Grundnorm, liegt das principium individuationis, liegt die Besonderheit einer Ordnung als eines Systems von Normen. [2])«

Kelsen bezeichnet die Quelle als Grundnorm, während wir sie als Grundtatbestand bestimmten. Hierin liegt keine sachliche Differenz; Kelsen, der Rechtsnorm und Rechtssatz synonym verwendet, hat offenbar Rechtsnorm in jenem weiteren Sinn vom Rechtssatz gebraucht, den wir oben [3]) aufwiesen. Es kann wohl gerade nach Kelsens eigener Auffassung kein Zweifel sein, daß diese oberste Norm keinen vollen Rechtssatz darstellt. Dem Satze, den er als Beispiel einer Grundnorm anführt: Verhalte dich so, wie der Monarch befiehlt, fehlen alle Merkmale, die Kelsen als für den Rechtssatz notwendig gefordert hat; er ist kein hypothetischer Satz usw. Sicherlich aber ist dieser Satz ein Teil eines Rechtssatzes, nämlich nur der Ausdruck für den Tatbestand, der dem Rechtssatz den Positivitätscharakter erteilt.

Ein Rechtssatz ist aber nicht nur dann giltig, wenn er direkt auf die Rechtsquelle zurückgeht, der Grundtatbestand alleiniger Positivierungstatbestand ist, sondern es können sich neue Setzungstatbestände über den Grundtatbestand lagern. Der absolute Monarch betraut z. B. seinen Minister oder sonst irgend ein »Organ« mit der Gesetzgebung; dieses delegiert weitere Organe. Es ergibt sich ein Stufenbau von Tatbeständen; auf diese Sachlage bezieht sich die sogenannte juristische »Stufenlehre«, als

[1]) Problem der Souveränität, S. 93.

[2]) a. a. O., S. 105.

[3]) Vgl. I. Teil, VI. Abschnitt.

Digitized by Google

deren Begünder Adolf Merkl[1]) anzusehen ist. Während die heutige Jurisprudenz ihren Blick nur auf die Stufe des Gesetzes richtet, will Merkl die Aufmerksamkeit auch auf die anschließenden Stufen, Verfassung einerseits, Verordnung, Verfügung usw. andrerseits und die zwischen den Stufen obwaltenden Beziehungen lenken.

Welches ist nun das logische Verhältnis dieser Stufen? Nach unseren bisherigen Ausführungen ist soviel klar: Jede Stufe schaltet einen neuen Tatbestand der Positivierung ein, der in dem Grundtatbestand, der Quelle, fundiert ist. Wir unterscheiden: Verfassung, Gesetz, das den Tatbestand des verfassungsmäßig Zustandekommens erfordert, Verordnung, die etwa des Handelns des Ministers zur Giltigkeit bedarf usw. Das logische Verhältnis der Stufen ist also das unselbständiger Tatbestände: Verfassungstatbestand unselbständig zu dem des Gesetzes, dieser zum Tatbestand der Verordnung usw. Umgekehrt: Der bloße (engere) Tatbestand der Verordnung fundiert in dem des Gesetzes usw., und zwar handelt es sich, wie klar ersichtlich, um einseitige Fundierung.

Damit sind jedoch die logischen Beziehungen der Stufen noch nicht erschöpft. Wir dürfen nicht vergessen, daß alle diese Tatbestände als Sinnträger fungieren, Verkörperungen der irrealen Rechtsnormen sind. Bisher betrachteten wir sie nur in ihrer Funktion als bloße Tatbestände. Über diesem Verhältnis der Tatbestandsfundierung liegt noch das durchaus selbständige und eigenartige Verhältnis ihrer Sinne, Hielten wir Sinn und Sinnträger, das ist Urteilsinhalt und psychologischen Vorgang nicht auseinander, so würden wir uns des Fehlers des Psychologismus schuldig machen.

Die weitaus bedeutsamste Beziehung der Sinne ist nun die, daß der Sinn der niederen Stufe nicht über den ihr von der höheren vorgeschriebenen Rahmen hinausgehen darf, wenn nämlich die niedere Stufe Giltigkeit beanspruchen will. Der Sinn der niederen Stufe kann also — giltig — den Umfang des Sinns der höheren nicht überschreiten. So kann man sagen, daß die niedere Stufe in der höheren enthalten ist. Freilich darf man diesen Ausdruck nicht dahin mißverstehen, daß die niedere Stufe durch

[1]) Das doppelte Rechtsantlitz, Juristische Blätter 1918, Nr. 41/42 ff.; Die Rechtseinheit des österreichischen Staates, Archiv f. öffentliches Recht, Bd. 37.

Digitized by Google

bloße logische Operation aus der höheren abgeleitet werden kann[1]). Welche Teile aus dem so gegebenen Umfang die niedere Stufe herausschneidet und wie sie sie näher bestimmt, darauf kann nicht näher eingegangen werden[2]).

Was nun, wenn die Norm niederer Stufe den ihr durch die höhere vorgezeichneten Rahmen dennoch überschreitet? Wenn z. B. der Minister eine über das Gesetz hinausgehende Verordnung erläßt? Kein Zweifel, daß eine solche Norm ungiltig ist, nicht in die betreffende Einzelrechtsordnung Eingang findet. Freilich — nur als Norm.

Eine ganz andere Frage ist es, ob der Tatbestand der Normsetzung nicht von irgend einer Rechtsfolge begleitet ist. Das m u ß allerdings nicht der Fall sein, es kann dieser Tatbestand rechtlich irrelevant sein, in den rechtsfreien Raum gehören. Daneben aber stehen zwei andere Möglichkeiten. Zunächst kann eine solche »Rahmenüberschreitung« Unrechtsfolgen haben; der Minister war verpflichtet, eine giltige Norm zu erlassen, hat er es nicht getan, so tritt die Sanktion ein; oder, der Setzungstatbestand ist primärer Tatbestand, hat irgend welche andere Rechtsfolgen.

Und nun kann im Bereiche der betreffenden Einzelrechtsordnung eine Norm vorhanden sein, die auch den Setzungstatbestand, dessen Sinn die ihm durch die Norm höherer Stufe gezogene Grenze überschreitet, genau dieselben Rechtsfolgen zuteilt, die ihm zukommen würden, wenn er die Grenze nicht überschritten hätte; der Minister ordnet z. B. an, daß man leer-

[1]) Aus dieser Deutung entspringt ein großer Teil der von S a n d e r gegen K e l s e n und M e r k l gerichteten Polemik.

[2]) Jedenfalls ist durch das Vorhandensein einer Norm niederer Stufe die Norm höherer Stufe »unanwendbar« geworden. Bestimmt ein Gesetz, daß Tierkrankheiten gewisse Rechtsfolgen haben und hat die Durchführungsverordnung diese Krankheiten aufgezählt, so läßt sich nicht durch Rückgang auf das Gesetz eine in der Verordnung nicht angeführte Krankheit anreihen; sie ist dann auch im Sinne des Gesetzes keine Tierkrankheit. Ja sogar, wenn die Norm niederer Stufe noch nicht erlassen ist, ist die Norm höherer Stufe unanwendbar. So war der Art. XIX des österreichischen Staatsgrundgesetzes: Alle Volksstämme des Staates sind gleichberechtigt und jeder Volksstamm hat ein unverletzliches Recht auf Wahrung und Pflege seiner Nationalität und Sprache, unanwendbar, weil — richtiger wäre vielleicht zu sagen — obgleich keine Ausführungsgesetze ergingen.

Digitized by Google

stehende Wohnungen zur Anzeige bringen solle, obwohl ihn kein Gesetz dazu ermächtigt hat, oder der Richter verurteilt wegen Diebstahls, obwohl der Verurteilte nicht gestohlen hat, so daß der Richter also nicht mehr auf Grund der höheren Norm, die auf den Diebstahl Strafe setzt, urteilt und dennoch ist man verpflichtet, leerstehende Wohnungen anzuzeigen und soll der »unrechtmäßig« Verurteilte eingesperrt werden. Eine solche Norm, die einen Setzungstatbestand einer ungiltigen, weil den Rahmen der höheren Stufe überschreitenden Norm gleichstellt dem Setzungstatbestand der giltigen Norm, die ungiltige Setzung behandelt, als ob sie giltig wäre, bloß auf Grund des Vorliegens des äußeren Tatbestandes, nennen wir Rechtskraftnorm. Die Rechtskraftnorm besagt also allgemein: Wenn ein Setzungstatbestand niederer Stufe die ihm durch den Sinn der höheren Stufe gezogene Grenze überschreitet, so sollen dennoch jene Rechtsfolgen eintreten, die die gesetzte — ungiltige — Norm vorschreibt. So geht die zunächst ungiltige Norm auf einem Umwege — über die Rechtskraftnorm — in das betreffende positive Recht ein, wird giltig.

Wohl auseinander zu halten sind also die beiden Normen: die höhere Stufe und die Rechtskraftnorm. Ein jedes »unrechtmäßige« rechtskräftige Urteil steht unter doppelter Norm. Sein Sinn ist ungiltig in Bezug auf die Norm höherer Stufe, die das Urteil ja nur anwenden will; seine Setzung steht als Tatbestand unter der Rechtskraftnorm, die wieder dem gesetzten Sinn zur Giltigkeit verhilft.

Hiebei ist es durchaus möglich, daß der ungiltige Setzungsakt zugleich sekundärer Unrechts-Tatbestand ist; er hat dann zugleich als rechtskräftig Giltigkeits- und Sanktionsfolgen, z. B. die nur durch Rechtskraft giltige Verordnung des Ministers macht ihn dem Parlament verantwortlich. Der rechtskräftige Setzungsakt kann aber auch ohne jede Unrechtsfolge erscheinen.

Die angegebene Form der Rechtskraftnorm ist jedoch nicht die einzig mögliche; neben dieser stärksten Form stehen schwächere. Nicht immer genügt als Volltatbestand der Rechtskraftnorm die bloße Setzung, es können noch weitere Bedingungen gefordert sein, nach deren Eintritt erst die Rechtskraft

Digitized by Google

vorliegt. Solange sie nicht gegeben sind, ist die Setzung ungiltig, der Tatbestand nichtig.

Die Ergreifung eines Rechtsmittels z. B. »hemmt«, schiebt die Rechtskraft und damit die Rechtsfolge hinaus. Und daneben steht der scheinbar kaum mehr verschiedene Fall, daß das Rechtsmittel keine suspensive Wirkung hat. Dennoch liegt eine Kluft zwischen diesen beiden Fällen: der letztere fällt bereits unter den Begriff der Anfechtbarkeit, und damit müssen wir zur Aufstellung eines neuen Sinnes von Rechtskraft schreiten.

Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Rechtskraft pflegt man gewöhnlich als eine Reihe anzusehen. Was bedeutet Nichtigkeit? Häufig wird sie als ein rechtlich überhaupt Nichtvorhandensein aufgefaßt. »Das nichtige Geschäft existiert juristisch nicht[1].« Ebenso auch Kelsen: »Die Nichtigkeit ist ja, rechtslogisch betrachtet, etwas rechtlich ganz und gar Negatives, es ist nicht anti-, sondern a-rechtlich, nicht Unrecht, sondern Nicht-Recht, etwas ganz außerhalb der Rechtserkenntnisfläche Liegendes.« [2]) Danach wäre z. B. ein nichtiges Rechtsgeschäft = einem Nicht-Rechtgeschäft. Das scheint uns doch nicht ganz der Sachlage zu entprechen. Bei dem bedingten Rechtsgeschäft, dessen Bedingung nicht eingetreten und das daher nichtig ist, sind außer dieser Bedingung alle anderen Bedingungen seiner Giltigkeit gegeben. Die Rede von Bedingungen zeigt sogleich, wo wir die Lösung finden: es handelt sich einfach um unselbständige Tatbestände. Nichtigkeit bedeutet demnach Unselbständigkeit eines Tatbestandes. Jeder Tatbestand ist nichtig, solange nicht alle seine Teiltatbestände eingetreten sind. Und wir können nun mit vollem Recht von Graden, Steigerungen der Nichtigkeit sprechen, je mehr Teiltatbestände noch ausständig sind, je weniger bereits vorliegen. Die Nichtigkeit ist freilich nicht bloß auf die Verhältnisse der Rechtsstufen beschränkt, sie erstreckt sich auf alle Tatbestände.

Von unheilbarer oder absoluter Nichtigkeit freilich will man dort sprechen, wo die Rechtskraft niemals hindringen kann. Wenn man jedoch versucht, gewisse materiale Tatbestände ausfindig zu machen, die von der Rechtskraft nicht ergriffen werden

[1]) Kranz, System [2] I, S. 323.

[2]) Über Staatsunrecht, S. 86.

Digitized by Google

können, so ist es klar, daß man Naturrecht treibt, sobald man sich über die Einzelrechtsordnung hinauswagt. Nur diese bestimmt, bis wohin sie Rechtskraft verleiht, und es ist unmöglich, ihr eine Grenze zu setzen.

Während Nichtigkeit der Unselbständigkeit gleichzusetzen war, steht Anfechtbarkeit mit Unverträglichkeit in Zusammenhang. Sie setzt einen bereits bestehenden Tatbestand voraus, der durch die Anfechtung aufgehoben wird, es kann dies ein selbständiger sowohl als unselbständiger sein. Wir sehen: Liegt einmal der Volltatbestand vor und ist damit die Rechtsfolge gesollt, so ist zweifellos Rechtskraft gegeben, dies ist also z. B. dann der Fall, wenn das Rechtsmittel keine suspensive Wirkung hat, denn dann liegt eben bereits der Volltatbestand vor. Spricht man einem solchen Volltatbestand die Rechtskraft ab, so hat man einen anderen Begriff der Rechtskraft verwendet als den von uns aufgestellten. Dieser neue Rechtskraftbegriff bedeutet Unanfechtbarkeit.

Die Verschiedenheit beider Rechtskraftbegriffe wird besonders klar aus dem Vergleich zwischen dem Urteil nach Erschöpfung der drei Instanzen einerseits und nach Ablauf der Fristen für Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage anderseits. Wenn wir schon im ersteren Fall von Rechtskraft sprechen, so können wir uns darauf berufen, daß die Rechtsfolge bereits gegeben ist, der Verurteilte hat zu erfüllen. Im andern Fall ist Rechtskraft erst gegeben, wenn die letzte Anfechtungsmöglichkeit erloschen ist.

Die Unanfechtbarkeit ist freilich, wie Unaufhebbarkeit überhaupt, nur ein Grenzfall, absolut unaufhebbare Tatbestände kann selbstverständlich nur die Einzelrechtsordnung festsetzen. Das wichtigste Beispiel eines absolut unaufhebbaren Tatbestandes ist die starre Verfassung; diese liegt als unaufhebbarer Grundtatbestand der Positivierung allen anderen Setzungstatbeständen zu Grunde.

Die Anfechtung ist nun unter den unverträglichen Tatbeständen dadurch charakterisiert, daß sie einen Setzungstatbestand darstellt; ihr Sinn geht auf das Gegenteil der aufzuhebenden Norm.

Auch hier treffen wir auf eine ganze Reihe verschiedener Formen: die Anfechtung kann von dem auf Grund des angefochtenen Tatbestandes Verpflichteten selbst ausgehen, z. B.,

Digitized by Google

wenn der Irrende das Rechtsgeschäft, durch das er sich irrtümlich verpflichtete, anficht oder andere Personen fechten an, die Behörde z. B. nimmt ihren Ausspruch zurück usw.

Rechtskraft im zweiten Sinn bedeutet also, daß ein Setzungstatbestand durch einen anderen Setzungstatbestand entgegengesetzten Sinnes nicht aufgehoben werden kann [1]).

Da nun der Setzungstatbestand ebenfalls ein Tatbestand und Bedingung der Rechtsfolge ist, so erscheint er oft vereinigt mit den übrigen Tatbeständen der Rechtsvoraussetzung (ähnlich wie dies bei der Bezeichnung des Pflichtsubjekts der Fall ist). Auch hier wären die Tatbestandsformen aufzuzeigen. Es ergibt sich daraus die Schwierigkeit einer Abgrenzung des Staatsrechts, wenn man, was zweifellos eine der Intentionen der herrschenden Lehre ist, das Staatsrecht auf die Tatbestände der Setzung von Normen einschränken will. Denn die meisten Rechtsgeschäfte (vielleicht sogar alle) sind Setzungstatbestände, Träger eines Sinnes, sie sind ja »Willensäußerungen«.

[1]) Erst nach Abschluß dieser Arbeit erschien Adolf Merkls bedeutsame Schrift: »Die Lehre von der Rechtskraft« (Wiener Staatswissenschaftliche Studien, XV. Band, 2. Heft). Da ich jedoch die Grundzüge seiner Lehre aus Vorträgen und Diskussionen kannte, so hat sie die obigen Darlegungen bereits beinflußt. Dennoch kann ich mich nicht mit allen Ausführungen Merkls einverstanden erklären, muß aber meine Stellungnahme einer besonderen Arbeit vorbehalten.

Digitized by Google

Nachwort.

Wir haben in großen Zügen die Umrisse der formalen Rechtslehre entworfen. Wir wollen zum Schluß nochmals betonen, daß aus der Erkenntnis der formalen Struktur des Rechts keine Schlüsse gezogen werden können auf die materiale Gestaltung der Rechtsbegriffe, die inhaltliche Erfüllung der Leerformen. Die formale Rechtslehre löst nur diejenigen Rechtsprobleme, die man unter dem Titel »Konstruktionsprobleme« begreifen kann. Das Verhältnis der formalen Rechtslehre zur Lehre vom wirklichen Recht wird den Gegenstand besonderer Untersuchungen bilden müssen. Es wird zu zeigen sein, daß die einzelnen Rechtsordnungen Auswahlprinzipien aufstellen, nach welchen sie unter den vorgezeichneten Rechtsmöglichkeiten die Wahl treffen; die logische Struktur dieser Prinzipien wird geklärt werden müssen. Es wäre zu fragen, ob durch die Ausfüllung »primärer Leerformen« die »Leerstellen«[1]) bereits in irgend einer Hinsicht determiniert sind, so daß die »Interpretation« ohne Hilfe der Gesetzgebung Rechtsregeln zur Ausfüllung der Leerstellen ableiten kann oder ob alle solchen Schlüsse unzulässig sind und das Wort Schloßmanns[2]) gegen Ihering, man könne aus den Rechtsbegriffen nicht mehr entnehmen, als man in sie hineingelegt habe, zu Recht besteht. Dann würden sich große Probleme der Interpretation in neuer Beleuchtung zeigen. Es ist kein Zweifel, daß die »juristische Logik« nicht die alte, aristotelische Logik ist, daß sie kein bloß analytisch-deduktives Verfahren darstellt[3]). Die Interpretationsregeln, die heute unbewußt befolgt werden und unter den Ausdrücken: Gesetzes-, Rechtsanalogie, extensive Interpretation u. ä. verdeckt liegen, wären herauszuarbeiten und kritischer Prüfung zu unterziehen.

[1]) Siehe oben, S. 92.

[2]) Schloßmann, a. a. O., S. 190.

[3]) Vgl. die treffenden Ausführungen Ehrlichs »Juristische Logik«, passim.

Digitized by Google